

THÈSE DE
PARIS.
1888
N^o. 138.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

ÉTUDE

SUR

LE PRÆLEGATUM

DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE

SUR

LES LIBÉRALITÉS

PRÉCIPUTAIRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

ÉDOUARD VIOLLET

LAURÉAT DE LA FACULTÉ
(Concours de licence et de doctorat)
LICENCIÉ ÈS-LETTRES

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13.

1888



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

Châteauroux. — Typ. et Stéréotyp. A. MAJESTE

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

ÉTUDE

SUR

LE PRÆLEGATUM

DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE

SUR

LES LIBÉRALITÉS

PRÉCIPUTAIRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA SOUTENU

Le Mardi 12 Juin 1888, à 2 heures 1/2

PAR

ÉDOUARD VIOLET

LAURÉAT DE LA FACULTÉ

(Concours de licence et de doctorat)

LICENCIÉ ÈS-LETTRES

Président : M. LABBÉ.

SUFFRAGANTS : { MM. BOISTEL, } *Professeurs*
 { ALGLAVE, }
 MICHEL, (Léon,) *Agrégé*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13.

1888

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

DROIT ROMAIN

ÉTUDE SUR LE PRÆLEGATUM

AVANT-PROPOS

Dans le droit romain primitif, le père de famille, lorsqu'il voulait régler lui-même la transmission de son patrimoine, devait tester en la présence et sous le contrôle des curies assemblées : ce contrôle du législateur sur les dispositions testamentaires, deux raisons impérieuses l'exigeaient : la religion et l'organisation politique de Rome ancienne.

Le culte et l'entretien des dieux du foyer passaient à l'héritier en même temps que le patrimoine du défunt ; il fallait donc au nom de la religion veiller à ce qu'aucun désordre n'apportât le trouble dans la transmission du culte domestique : le choix de l'héritier prenait vraiment l'importance d'un acte sacré, dont les curies devaient accepter la responsabilité envers la divinité.

L'existence des *gentes*, d'autre part, était incompatible avec le droit de disposer sans l'assentiment du législateur. Quel que fût leur rôle dans l'organisation politique de la cité, ces groupes distincts et rivaux se surveillaient sans doute avec une attention jalouse, pour empêcher qu'aucun d'eux n'acquît sur ses voisins une influence prépondérante. Or l'équilibre aurait bien vite disparu, si chaque citoyen avait eu la faculté, soit d'émigrer librement et de son vivant dans la *gens* de choix, soit de transmettre par testament l'ensemble de ses biens à une *gens* déjà riche et puissante. L'intervention obligatoire des comices par curies pour la sanction des dernières volontés du disposant assurait certainement cette égalité scrupuleuse qu'une liberté complète aurait bien rapidement fait évanouir. Le même contrôle était exercé par les curies en matière d'abrogation, parce que l'abrogé passait avec tout son patrimoine dans une *gens* nouvelle. L'adoption, au contraire, qui restait sans influence sur la composition réciproque des *gentes*, échappait à la surveillance des pouvoirs publics ¹.

Tout semble donc indiquer que les comices contrôlaient effectivement les testaments qui leur étaient soumis; ils les sanctionnaient de leur vote et leur donnaient ainsi la force obligatoire d'une loi véritable : la volonté du testateur ne devenait le droit qu'après l'approbation populaire. Ainsi doit s'entendre

1. R. von Ihering, *Esprit du droit romain*, III, 205.

l'adage célèbre: *Uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto*. Bien loin de proclamer l'absolue liberté du testateur, le fragment des XII Tables exprime seulement quelle était la puissance, quelle était l'autorité du testament sanctionné par les curies. Ici, en effet, la liberté dépend avant tout de la forme du testament, du secret des dispositions, de l'absence de toute influence extérieure sur la volonté du disposant. Si le disposant doit pour tester soumettre ses dispositions à l'approbation du législateur, il perd en liberté tout ce que ses dernières volontés gagnent en puissance après l'approbation légale ¹.

Les comices par curies ne s'assemblaient à Rome que deux fois par an : c'était pour un testateur désireux de leur présenter son testament un inconvénient très grave. Les guerriers étaient nombreux, les expéditions fréquentes. L'usage s'introduisit alors de tester en présence de l'armée prête au combat, et le testament *in procinctu* s'ajouta au testament *calatis comitiis*. Mais l'innovation devint bientôt insuffisante : d'autres circonstances aussi pressantes qu'une expédition militaire pouvaient rendre nécessaire la confection immédiate du testament. Rome étendait les limites de son empire, les transactions commerciales se multipliaient et déjà les barques romaines sillonnaient les mers : le père de famille voulait donc rédi-

1. Ihering, *Ibid.* III, p. 147.

ger ses dernières dispositions avant d'entreprendre un voyage lointain et périlleux.

La *familiæ mancipatio* fait alors son apparition vers le milieu du V^e siècle ¹. Le père de famille mancipe son patrimoine au *familiæ emptor*, qui n'a pas la qualité d'héritier, mais qui se trouve seulement *loco heredis*, et dont la mission est à peu près semblable à celle d'un exécuteur testamentaire. C'est lui notamment qui doit acquitter les legs en restituant aux légataires désignés par le mancipant les avantages qui leur sont conférés. La *familiæ mancipatio*, il est vrai, présente plusieurs défauts graves : elle exige le transfert de propriété immédiat du mancipant au *familiæ emptor*, en empêchant ainsi le testateur de modifier ultérieurement ses dispositions ; elle laisse le *familiæ emptor* absolument libre d'observer ou de méconnaître les intentions du disposant ; mais en revanche, elle permet au père de famille de tester à toute époque et de se soustraire aux formalités gênantes du testament *calatis comitiis*. L'usage de la *familiæ mancipatio* se répand donc rapidement et donne bientôt naissance à la forme nouvelle du testament *per æs et libram*.

En même temps qu'un mode de tester nouveau s'introduit dans les mœurs romaines, les anciennes formes tombent en désuétude. Les comices par curies sont remplacés par la réunion des trente licteurs, et

1. Comp. Cuq. Le Testament *per æs et libram*, Nouvelle Revue hist., 1886, p. 554.

ces trente licteurs n'interviennent plus que comme témoins dans la confection du testament *calatis comitiis*. Ainsi de toute façon, que le disposant se soumette encore à l'ancien mode légal ou qu'il use des procédés inventés par la pratique, une ère nouvelle s'ouvre en matière de testament : l'ère de la liberté, de la liberté complète. Mais cette liberté, nul texte de loi ne la proclame ; si les Romains la possèdent, ce n'est point qu'ils l'aient réclamée comme une liberté naturelle ou comme un attribut nécessaire de la puissance paternelle ; ils y parviennent, pour ainsi dire, d'une manière inconsciente, par l'abandon de formes surannées dont la disparition a pour effet d'affranchir la volonté du testateur de la tutelle législative, qui substituait à cette volonté la volonté du peuple assemblé.

Cette transition d'un contrôle législatif à une liberté sans limites ne put naturellement s'opérer sans quelque désordre. Les curies, lorsqu'elles avaient à sanctionner les testaments qui leur étaient soumis, s'assuraient avec un soin jaloux, que la transmission des *sacra* se ferait régulièrement ; elles veillaient à ce qu'un héritier fût désigné qui entretiendrait le culte domestique : nulle perturbation n'était à craindre dans la continuité des honneurs à rendre de génération en génération aux dieux du foyer.

Dès le jour, au contraire, où le testateur se trouva maître de disposer sans contrôle, il arriva fréquem-

ment que le père de famille négligea d'instituer un héritier continuateur de sa personne. Qui donc devait avoir la charge des *sacra*, quand le père de famille avait seulement laissé des légataires ?

Nous savons par les textes que Tiberius Coruncanus, consul en l'année 474 de Rome, décida que toujours le soin du culte domestique passerait à celui qui recueillerait la majeure partie des biens, peu importait qu'il fût héritier ou légataire seulement. Mais il ne s'agit point ici d'une loi véritable : c'est le Collège des Pontifes, sur l'initiative du consul en fonctions, qui règle cette question d'une si grande importance au point de vue religieux¹. Ainsi l'institution d'un héritier ne forme pas encore la base, le fondement du testament romain : le testament peut valoir en l'absence d'un continuateur de la personne du défunt, mais cette tolérance va bientôt disparaître.

Les créances et les dettes, à l'époque primitive, ne passaient point, en principe, de la personne du créancier ou du débiteur à celle de ses héritiers. Seules les obligations résultant du *nexum* pesaient indistinctement, au temps de la loi des XII Tables, sur tous les membres de la famille romaine ; mais c'était là bien moins une exception à l'intransmissibilité des dettes qu'une conséquence nécessaire de la *patria potestas* : le père de famille en s'obligeant, obligeait du même coup ses enfants en puissance.

1. Cicéron, *De leg.* II, 19.

La transmission des dettes ne s'opéra qu'à une date postérieure, après que la loi *Pœtilia*, de l'an de Rome 441, eût substitué le patrimoine du débiteur à sa personne même pour l'exécution forcée des obligations contractées par lui ¹. A la faveur de cette idée nouvelle que les biens devaient bien plus que la personne du débiteur supporter la charge des dettes, la mort du débiteur ne va plus avoir aucune influence sur la durée de l'obligation : l'obligation va mesurer sa durée non plus sur la vie de l'obligé, mais sur la durée du patrimoine ; tant que des biens existeront dans ce patrimoine, aussi longtemps vivra le droit du créancier. Il importe donc qu'à la mort du débiteur ce patrimoine ne s'évanouisse point par la distribution des biens à des légataires : il faut qu'un héritier le recueille, tel qu'il se comportait au jour de la mort du défunt, pour que cet héritier puisse avec les biens du patrimoine désintéresser les créanciers du mort.

Mais la liberté dont jouit le testateur d'épuiser en legs toutes les forces de son patrimoine, sans désigner d'héritier, s'oppose à la transmission des dettes : il faut donc restreindre cette liberté en imposant au disposant l'obligation d'instituer un héritier sous peine de voir annuler ses dernières dispositions. C'est ainsi que l'usage d'une institution d'héritier nécessaire à la validité de tout testament prend sans doute naissance vers la fin du V^e siècle, à une époque contemporaine

1. Tite-Live, liv. VIII, 28.

du principe nouveau de la non-extinction des dettes avec la mort du débiteur ¹.

Pas plus que la décision du Collège des Pontifes relative à la transmission des *sacra*, l'obligation pour le testateur d'instituer un héritier ne se trouve imposée par une loi expresse : c'est la coutume qui exerce ici son empire. La nécessité de l'institution, bien qu'elle ne soit pas exprimée dans la définition du testament, pousse rapidement de profondes racines dans le droit romain, et Gaius peut dire : *ante heredis institutionem inutiliter legatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id velut caput et fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio* ².

A cet héritier, dont l'institution est exigée sous peine de nullité du testament, la charge des *sacra*, des dettes et des legs se trouve donc imposée, mais à lui sont aussi dévolus tous les biens laissés par le défunt : à lui toutes les charges, à lui tout le patrimoine. Rien n'est plus naturel, rien n'est plus équitable. Mais les Romains, lorsqu'ils adoptent une idée nouvelle, un principe nouveau, ont toujours l'habitude de pousser cette idée ou ce principe jusqu'à ses dernières conséquences : continuateur de la personne du disposant, l'héritier sera tenu des dettes même *ultra vires successionis*, il en répondra même sur son propre patrimoine,

1. Cuq, *ibid*, p. 568 et 569.

2. Gaius, *Comment.* II, 229.

parce qu'entre ce patrimoine et celui du défunt la confusion la plus complète ne tarde pas à s'opérer.

L'institution d'héritier et la mutation de propriété qui en résulte de la personne du testateur à celle de l'institué, ont pour conséquence très-rigoureuse, mais très-juridique d'empêcher la transmission directe du bien légué à la personne du légataire. C'est l'institué qui malgré le legs devient propriétaire de l'objet de ce legs : le légataire ne peut régulièrement avoir contre l'héritier qu'une action personnelle en délivrance. Le testateur, dans le pur mécanisme juridique, n'a fait qu'imposer à l'institué l'obligation de transférer au légataire la propriété de l'objet du legs ; il n'a pu rendre le légataire propriétaire immédiat et sans intermédiaire : *legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex ea quod universum heredi foret, alicui collatum velit*.

Le legs par excellence, le legs vraiment romain, c'est donc le legs *per damnationem* : *Damnum et damnatio*, dit Paul, *ab ademptione et quasi diminutione patrimonii dicta sunt*. C'est, comme le répètent souvent les jurisconsultes, *l'optimum jus legati*¹.

L'application pure et simple de ces idées aurait dû faire proscrire le legs *per vindicationem* qui transmettait directement la propriété de l'objet légué au bénéficiaire du legs : mais les Romains, par respect sans doute pour le passé, par respect des traditions anti-

1. Dig. l. 116 de *legat.* I, XXX ; l. 3, de *damno*, inf. XXXIX, 2.

ques, ont maintenu cette manière de léguer, ouvrant ainsi un vaste champ aux discussions futures des Prudents sur la nature et les effets du *legatum per vindicationem*.

Nous voulons dans les pages qui vont suivre, étudier l'une des conséquences de ce principe qu'en droit pur, la propriété de l'objet légué passait d'abord à l'héritier en vertu de son titre universel d'acquisition, pour n'arriver qu'indirectement et par l'effet d'une seconde mutation, sur la tête du légataire. Nous allons en effet, avec un grand nombre de textes, envisager l'hypothèse d'un testateur qui institue plusieurs héritiers et qui confère en même temps à l'un d'eux le bénéfice d'un legs, d'un prélegs, pour parler plus exactement. Les deux qualités d'héritier et de légataire se trouvent donc réunies sur la même tête. Nous verrons qu'ici les Romains font l'application rigoureuse de cette idée que le droit de propriété de l'héritier précède sur l'objet du legs le droit de propriété du légataire : *heredi a semetipso legari non potest*, dit l'adage bien connu. De même que si l'héritier légataire est seul institué, le legs ne peut valoir, parce qu'il implique contradiction que le bénéfice et la charge du legs reposent sur la même tête; de même, lorsqu'il existe plusieurs héritiers institués, le legs conféré à l'un d'eux ne peut valoir pour toute la partie correspondant à la part héréditaire du légataire.

Les jurisconsultes avec une logique qui peut vraiment sembler parfois excessive, exposent toutes les conséquences provenant de cette impossibilité juridique : l'acquisition d'un même objet par une même personne, en vertu d'un double titre, l'un universel et l'autre particulier. Nous les suivrons dans toutes leurs déductions en nous rappelant toujours la raison fondamentale de ce dualisme nécessaire et de ce cumul juridiquement impossible. Les Romains n'ont jamais admis, comme le fait aujourd'hui le droit moderne, que les legs grevant une hérédité la pussent diminuer *ipso facto* d'une valeur rigoureusement égale à leur propre valeur. Cette manière de voir a pour cause unique la raison qui rendit nécessaire l'institution d'un héritier dans le testament romain : il fallait qu'un héritier fût institué pour répondre aux justes demandes des créanciers du défunt ; il fallait que cet héritier, sur qui pesaient toutes les charges de l'hérédité, devînt propriétaire, en vertu même de son titre d'héritier, du patrimoine tout entier : sinon la transmissibilité des dettes n'eût été qu'une pure fiction sans la moindre utilité pratique.

Tandis que dans le droit moderne le légataire à titre particulier devient propriétaire du corps certain à lui légué par l'effet même du testament, sous la condition toutefois du paiement préalable de toutes les dettes héréditaires, le légataire romain n'est à

proprement parler que le créancier de l'héritier, sauf la dérogation portée au principe par la forme du legs *per vindicationem*.

L'adage *heredi a semetipso legari non potest* qui ne fait en réalité qu'énoncer l'impossibilité juridique de la réunion sur la même tête et à raison du même objet, des deux qualités de légataire et d'héritier, prend nécessairement en matière de prélegs une importance considérable, par les conséquences assez nombreuses qui en découlent ; nous lui reconnaitrons donc le caractère et la nature d'une véritable règle de droit.

Le motif qui poussait un testateur à conférer à l'un de ses institués en même temps que la qualité d'héritier la qualité de légataire, n'était point nécessairement le désir d'avantager plus que les autres héritiers l'héritier légataire. Un autre moyen s'offrait en effet au disposant de rendre meilleure la situation de l'un de ceux qu'il instituait, c'était de l'appeler directement à recueillir, en vertu de son seul titre d'héritier, une portion de biens plus grande que celle recueillie par ses cohéritiers. — Mais le disposant, tout en voulant que l'émolument définitivement retiré par chacun fût égal, le disposant pouvait désirer que tel objet spécialement désigné, rentrât dans l'ensemble des biens attribués à l'un des institués. — Pour atteindre ce but ; le *prælegatum* était évidemment le procédé le plus commode ; il permettait au préléataire d'éviter, quant à l'objet du prélegs les chances du partage, et

lui assurait d'ores et déjà la certitude d'obtenir la *res prælegata* ou le *prædium prælegatum*.

C'est ainsi que la faculté pour le testateur d'adresser un prélegs à un de ses héritiers ne faisait point double emploi avec la faculté d'instituer cet enfant, par exemple, pour une part avantageuse. En réalité donc, la *prælegatio* pouvait servir à deux fins : ou bien à conférer à l'un des héritiers du testateur le bénéfice d'un legs en outre d'une part héréditaire égale à celle de ses cohéritiers ; ou bien à compenser l'infériorité de la part héréditaire du pré légataire par la valeur de l'objet pré légué et par la certitude donnée à ce pré légataire qu'il recueillerait l'objet même du prélegs.

CHAPITRE PREMIER

GÉNÉRALITÉS. — DÉFINITION ET FORMES DU PRÉLEGS.

On rencontre dans les textes du droit romain l'hypothèse très fréquente d'un legs adressé par un testateur à l'un de ses héritiers¹. Le disposant, en faisant un tel legs peut avoir des intentions diverses. Peut-être veut-il surtout gratifier d'un avantage spécial l'un de ses héritiers qu'il chérit particulièrement. Peut-être désire-t-il simplement avoir la certitude que tel objet deviendra la propriété de tel de ses héritiers; peut-être enfin entend-il laisser à l'institué légataire un bien sur lequel ce dernier peut légitimement prétendre avoir quelque droit : un père lègue à son fils le pécule acquis ou augmenté par les soins de ce fils; un mari lègue à sa femme, après l'avoir inscrite au nombre de ses héritiers, la dot qu'il a reçue d'elle au jour du mariage².

1. Digeste, II. 88, pr., 89, pr. *de legat.* 2^o XXXI; II. 34, 1 et 92 pr. *de legat.* 3^o XXXII.

2. Digeste, II. 51 et 78, 14, *ad Senat. cons.* Trebell. XXXVI, 1.

Mais tout en permettant des legs de ce genre, les lois romaines posent en même temps cette règle incontestée que la vocation au legs ne peut jamais naître au profit de celui-là même qui en doit la délivrance, car il implique contradiction qu'une même personne ait à la fois le bénéfice et la charge, l'un détruisant nécessairement l'autre : *Heredi a semetipso legari non potest*¹. Il faut remarquer d'ailleurs que le legs ainsi fait à l'un de plusieurs héritiers doit nécessairement, pour entrer en conflit avec la règle *heredi...*, grever toute l'hérédité, c'est-à-dire, peser indistinctement sur tous les héritiers, le légataire compris. Or on peut prévoir l'hypothèse où le legs conféré à l'un des héritiers institués ne grève que les cohéritiers du légataire sans être la charge de l'hérédité même, hypothèse où dès lors le conflit n'existe plus entre la qualité de légataire et la qualité d'héritier, le profit et la charge ne se rencontrant plus en la même personne.

Il faut donc distinguer en deux grandes classes les legs adressés par le testateur à l'un de ses héritiers : les uns (nous les appellerons prélegs et nous justifions cette dénomination) qui sont une charge de l'hérédité tout entière et qui se rapprochent infiniment des legs préciputaires du droit français; les autres, qui pèsent uniquement sur les cohéritiers du légataire, et qui, laissant hors de cause la règle *heredi...* ne semblent présenter aucune particularité remar-

1. Ulpien, XXIV, 22.

quable. Les legs de ce dernier genre devaient être proportionnellement aussi rares que ceux laissés en faveur d'un légataire non-héritier, mais à la charge exclusive de quelques héritiers seulement; le testateur, pour les conférer à l'institué, ne pouvait user que de la forme *per damnationem* ou recourir au fidéicommiss, tout autre legs grevant nécessairement l'hérédité tout entière, l'ensemble de tous les héritiers institués¹.

Les commentateurs ont quelquefois voulu opposer aux legs ordinaires les legs qui grevant exclusivement plusieurs héritiers profitaient à l'un des institués; ils ont dit qu'un legs de cette espèce pouvait être conféré à l'héritier gratifié sous la condition exprimée ou sous-entendue : *si heres erit*, tandis qu'une semblable condition ne saurait jamais être imposée à un légataire qui n'aurait pas en même temps la qualité d'héritier institué².

Cette remarque, tout en présentant une certaine apparence de vérité, ne peut pourtant suffire à donner à ces legs un caractère spécial. Sinon, ne faudra-t-il point distinguer de la même manière le legs dont un père pouvait gratifier son gendre, à la condition que ce dernier demeurât fidèle à la fille du testateur, condition qui ne pouvait naturellement affecter qu'un

1. Digeste, l. 36, 4, *de legat.* 1^o XXX ; — l. 8, 4 ; l. 25, pr. *de legat.* 3^o XXXII.

2. Buchholtz, *Lehre der Prelegaten* p. 145, rem. 187.

legs fait en faveur de ce gendre et non de toute autre personne. Il ne suffit évidemment pas qu'un legs puisse être soumis à une condition que ne comporterait point tel autre legs, pour qu'on doive raisonnablement prétendre que ces deux legs sont d'espèces diverses, pour qu'il faille les séparer en deux classes distinctes.

On a voulu trouver encore une autre différence entre les legs ordinaires et les legs adressés à l'un des institués, mais à la charge de ses cohéritiers, dans cette circonstance que l'héritier bénéficiaire d'un legs mis à la charge exclusive de ses cohéritiers, pouvait aussi bien agir contre eux par l'action *familiæ erciscundæ* que par l'action découlant du testament, tandis que cette dernière action appartenait seule au légataire ordinaire : *Si uni ex heredibus fuerit legatum hoc debere ei officio judicis familiæ erciscundæ manifestum est*¹.

Mais il ne faut pas accorder plus d'importance à cette nouvelle remarque qu'à la première : tous les héritiers d'une même personne se trouvent après l'ouverture de l'hérédité dans l'état d'indivision, et doivent pour en sortir, agir par l'action *familiæ erciscundæ* ; rien n'est donc plus naturel que l'héritier légataire, au lieu d'intenter deux actions successives, ait recours à l'*officium judicis* pour obtenir en une fois tout ce qu'il doit retirer de son institution et du legs à lui conféré. Le fait que l'institué légataire se

1. Buchholtz, *ibid.* p. 147. — Dig. 17, p. 2, *de legatis* I, XXX.

trouve dans l'indivision avec ses cohéritiers ne peut avoir aucune influence sur la nature même du legs.

Qu'il nous suffise donc de savoir qu'un pareil legs était parfaitement légal, comme le prouve ce rescrit des empereurs Dioclétien et Maximien : *A coheredibus relicta legata, quatenus modus legis Falcidiae patitur, posse peti certissimi juris est*¹. Nous ne pouvons d'ailleurs lui donner, comme on l'a fait quelquefois², le nom de prélegs improprement dit, ou de prélegs *lato sensu* ; cette dénomination ne serait point justifiable, car les textes n'emploient les termes de *prælegare* et de *prælegatio* qu'en traitant des legs qui sont la charge de tous les héritiers, de l'hérédité tout entière. On a sans doute attaché trop d'importance à ce fait que l'héritier légataire recueillait le bénéfice d'un pareil legs en outre de sa part héréditaire, et l'on a subi malgré soi l'influence de cette expression moderne : legs préciputaire. Nous croyons plus régulier et plus conforme à la langue juridique romaine de ne point qualifier ainsi les legs imposés à quelques héritiers, et de réserver le terme de prélegs, sur lequel nous devons maintenant nous expliquer, aux seuls legs qui, grevant tous les héritiers du défunt, sont laissés par le testateur au profit de l'un d'entre eux.

1. Code, l. 47. *ad. leg. Falcid.*, VI, 50.

2. Maynz, III, p. 632.

I

Lorsqu'un testateur confère à l'un de ses héritiers l'avantage d'un legs sans dire sur qui doit peser la charge de ce legs, il y a prélegs, et l'hérédité tout entière s'en trouve constituée débitrice; la qualité de créancier du legs et la qualité de débiteur du même legs se trouvent donc pour parties réunies sur la même tête, sur la tête de l'héritier-légataire. Cujas définit ainsi le prélegs : *Prælegatum est quod extra partem hereditariam heredi præcipuum datur de communi pecunia*¹.

Le mot *prælegatum*, dont prélegs est la traduction littérale, n'est pas employé par les jurisconsultes romains, au moins comme substantif; au contraire le verbe *prælegare* s'y rencontre souvent. Citons notamment un assez grand nombre de fragments tirés des écrits de Scævola², Papinien³, Paul⁴, Pomponius⁵ et Julien⁶ l'emploient également. On trouve aussi fré-

1. Cujas, *Opera*, t. VII, col. 473.

2. Digeste, l. 39, 4, *Famil. erciscundæ*, X, 2; — l. 54, *de pecul.* XV 1; — ll. 32; 34, 3; 39, 2; 41, 3, *de legat.* 3^o XXXII; — l. 23 pr. *de usu et usufr. legat.* XXXIII, 2; — l. 31, pr. *de adimendis*, XXXIV, 4; — l. 94, *ad leg. Falcid.* XXXV, 2; — l. 78, 43, *ad senatus-consultum Trebell.* XXXVI, 1.

3. Digeste, l. 3, 3, *De usuris*, XXII, 1; — l. 67, 4; l. 77, 8 *de legat.* 2^o XXXI.

4. Digeste, l. 27, 1; l. 92, pr. *de legat.* 3^o XXXII.

5. Dig. l. 8, pr. *Famil. ercisc.* X, 2.

6. Dig. l. 66, *ad leg. Falcid.* XXV, 2.

quemment le participe *prælegatus* ; enfin ¹ le substantif *prælegatio* désigne l'acte du préléguant. Dans tous ces textes le verbe *prælegare* et ses dérivés ont le sens de « conférer à un héritier le bénéfice d'un legs dont la charge pèse indistinctement sur tous les héritiers ». Il n'y a donc pas témérité de notre part à nous servir du mot *prælegs* ; les commentateurs d'ailleurs l'ont fait avant nous.

Mais le sens de *prælegare* n'est-il pas différent dans les expressions *dos prælegata* et *peculium prælegatum* ? Ne désigne-t-il pas alors la disposition par laquelle un testateur lègue à une personne un objet sur lequel cette personne avait déjà quelque droit ? La femme, le fils n'avaient-ils pas quelques droits à faire valoir sur la dot, sur le pécule ?

Le mari, en rédigeant son testament, avait l'habitude d'instituer son épouse héritière pour partie et de lui léguer en outre sa dot et ses *parata* ; l'expression *prælegare dotem* s'expliquait donc d'elle-même et demeurerait en tous points conforme au sens ordinaire et naturel du mot *prælegare*. Cette explication nous paraît d'autant plus vraisemblable que des textes nombreux prévoient l'hypothèse d'une épouse instituée et gratifiée en sus de sa part héréditaire, de tout ce qu'elle avait apporté à son mari durant le mariage. *Cum uxori pro parte heredi scriptæ dos prælegetur... Maritus,*

1. Dig. 1. 31, 4, de *adimend. legat.* XXXIV, 4.

*uxore instituta herede ex parte tertia, dotem quoque prælegavit*¹. Lorsque la femme légataire n'était pas en même temps instituée héritière, il n'y avait plus *dos prælegata*, mais seulement *dos legata* ou *relegata*, cette dernière expression montrant que dans cette libéralité testamentaire il y avait comme la restitution d'un bien qui faisait retour à son véritable propriétaire.

Il était de même très fréquent à Rome qu'un père, après avoir institué ses enfants, leur légua le pécule qu'il leur avait confié et qui s'était augmenté par leurs soins. L'expression de *prælegare* était alors parfaitement naturelle. On peut donc très sérieusement supposer que lorsqu'il est question dans les textes d'un *peculium prælegatum*, le père avait, avant de léguer le pécule, inscrit son fils au nombre de ses héritiers².

Reconnaissons pourtant que la langue juridique n'est pas très exactement fixée en cette matière, et qu'assez souvent les mots *prælegare* et *relegare* sont employés l'un pour l'autre ; le dommage d'ailleurs n'est pas grand, car le prélegs est indépendant du mot employé pour le désigner.

II

Le prélegs est un legs ; une action découlant du tes-

1. Dig. 1. 51, *ad senatus consultum Trebell.* XXXVI, 1 ; *ibid.* 1. 78, 15 ; Comp. Esmein, *Le Testament du mari et la Donatio ante nuptias*.

2. Dig. 1. 26 de *pecul. legato*, XXXIII, 8 ; *Fragm. Vat.* 294.

tament appartient donc toujours au prélegataire à l'effet d'obtenir l'avantage dont il est gratifié en sus de sa part héréditaire. Ainsi se trouvent exclus de la catégorie des prélegs tous les avantages recueillis par un héritier à titre de *mortis causa capiones*.

Le prélegs est un legs directement conféré par le testateur à l'un de ses héritiers. Ne peut donc être considéré comme prélegataire, le légataire qui devient héritier de l'un des héritiers du testateur : en pareille hypothèse la double qualité de légataire et d'héritier d'une même personne ne réside point sur la tête du légataire¹. Il est vrai que pour toute la partie du legs correspondant à la part héréditaire de l'héritier du premier défunt, il y aura en la personne du légataire, héritier de l'héritier, confusion des deux qualités de légataire et d'héritier, mais l'hypothèse est bien différente de celle d'un prélegs. Que l'héritier de l'héritier laissé par le premier défunt vienne à mourir avant d'avoir fait adition, il ne sera douteux pour personne que ses propres héritiers auront le droit de réclamer la totalité du legs laissé à leur auteur par le premier testateur. Nous verrons au contraire qu'une grave controverse s'élève entre les jurisconsultes romains, sur le point de savoir si les héritiers d'un prélegataire mort avant d'avoir fait adition, peuvent demander la totalité du prélegs adressé à leur auteur.

1. Dig. l. 34, 43, *De legat.* 1^o XXX.

Mais si le prélegs doit être directement conféré à l'héritier du testateur, il importe peu que cet héritier soit un institué du premier degré ou un substitué vulgaire : l'un et l'autre peuvent au même titre recevoir la qualité de pré légataire.

Toute personne ayant la *factio testamenti* avec le testateur à l'époque de la confection du testament pouvait acquérir la qualité de pré légataire, car l'aptitude à figurer dans un testament comme légataire n'était qu'une suite de l'aptitude à y figurer comme institué. Signalons pourtant une exception au sujet des cités, considérées comme personnes morales. Les cités, à l'époque du droit classique, ne pouvaient être instituées, et cette incapacité dura jusqu'en l'année 469 ; elles avaient au contraire reçu bien antérieurement à cette date, des empereurs Nerva et Adrien la capacité de recueillir les legs dont un testateur les voulait gratifier : la conséquence de cette situation équivoque fut que jamais avant 469 les cités ne purent avoir la qualité de pré légataires. Cette remarque est plus théorique que pratique ; un tel usage des prélegs devait être infiniment rare.

Le plus souvent les testateurs ne laissaient un prélegs qu'à un seul de leurs héritiers ; pourtant les textes nous présentent assez fréquemment l'exemple de plusieurs héritiers ainsi gratifiés ; quelquefois même tous les héritiers ont la qualité de pré légataires.

Les bénéficiaires du prélegs sont ordinairement les

enfants du défunt, ou ses frères et sœurs, son épouse, quelquefois son affranchi ¹.

III

La forme du prélegs la plus usitée, et en même temps la mieux appropriée, était certainement à l'époque du droit classique, avant le sénatus-consulte Néronien, la forme du legs *per præceptionem*. *Hoc modo per præceptionem legamus*, disait Gaius, *Lucius Titius hominem Stichum præcipito*. On peut même supposer que primitivement cette forme seule était employée par le testateur qui désirait gratifier l'un de ses héritiers d'un legs *præter partem hereditariam*. Ainsi s'explique aisément l'opinion des Sabinien qui exigeaient pour la validité d'un pareil legs, qu'il y eût plusieurs héritiers, que le légataire fût l'un d'eux, et que l'objet légué fût une chose appartenant à l'hérédité.

Cette opinion était si fortement défendue par les Sabinien que, même après la fusion des legs opérée par le sénatus consulte Néronien, ces jurisconsultes déclaraient nuls les legs adressés *per præceptionem* à des étrangers, par la raison que l'irrégularité portait, suivant eux, non sur la forme, mais bien réellement sur le fond même du droit, sur la personne gratifiée. Pourtant le système plus large des Proculien, qui

1. Dig. pr. 4 pr. ; l. 8 ; l. 42, *Fam. ercisc.* X, 2 ; l. 22, 1, *cod. tit.* l. 39, 4, *cod. tit.* etc. Comp. Buchholtz, *op. cit.* p. 208.

assimilaient le legs *per præceptionem* au legs *per vindicationem*, ne tarda pas à prévaloir : ce qui n'empêcha point la forme du legs *per præceptionem* de continuer à se prêter plus particulièrement aux legs faits par le testateur en faveur de l'un de ses héritiers.

Les textes présentent souvent des amplifications de la forme *præcipito*, par exemple, *præcipito tibi que habeto*¹, où encore *e medio præcipito sumito sibi que habeto*². L'emploi très-fréquent de la forme du legs *per præceptionem* pour le prélegs ressort encore du mot *præceptio* ou *præceptiones*, qui se rencontre assez souvent dans les textes et qui désigne le bénéfice obtenu par le pré légataire.

A côté de la forme *per præceptionem*, on peut voir aussi très couramment usitée la forme *per vindicationem*. Le testateur pouvait en effet préleguer ainsi : *Titius, Seius et Mævius heredes sunt, Seio fundum Cornelianum do lego*. Le disposant retirait, pour ainsi dire, le fonds Cornélien de la masse héréditaire et en transférait directement la propriété à Seius, qui, d'ailleurs, en sa qualité d'héritier pour partie se trouvait déjà investi d'une part de propriété dans le bien légué. Les mots *do lego* n'exprimaient pas seuls le legs *per vindicationem*; tous autres termes, pourvu qu'ils indiquassent le passage direct de l'objet légué dans le

1. Digeste, l. 27, 3, *de instructo legato*, XXXIII, 7.

2. Digeste, l. 26, *de pecul. legato*, XXXIII, 8. — Code, l. 42, *de legatis*, VI, 57.

patrimoine du légataire, suffisaient à le formuler. Aussi rencontrons-nous ces autres prélegs : *Quisquis mihi heres heredesve erunt, hoc amplius Lucius Euty-chus, quam quod eum heredem institui, e media hereditate sumito sibi que habeto una cum Pamphilo quem liberum esse jubeo, instrumentum tabernæ ferrariæ, et encore : Titio filio quem ex parte quarta heredem scripserat, prælegaverat in hæc verba : Titi fili, hoc amplius de medio sumito*¹, etc...

Mais si le testateur pouvait indifféremment donner à son prélegs la forme d'un legs *per vindicationem* ou celle d'un legs *per præceptionem*, il dut, jusqu'au jour où le sénatus-consulte Néronien confondit les quatre formes des legs, se conformer aux règles propres à chacun de ces legs : ainsi, le prélegs *per præceptionem* et le prélegs *per vindicationem* devaient avoir nécessairement pour objet un bien faisant partie de l'hérédité. Si le bien légué était en dehors de l'hérédité, s'il appartenait à l'un des héritiers ou à tout autre personne, le prélegs était nul. Mais fallait-il, de plus, lorsque le prélegs était fait *per vindicationem*, que le testateur eût la propriété quiritaire de l'objet légué ? Cette condition, nécessaire et naturelle lorsqu'il s'agissait d'un legs ordinaire adressé à une personne non instituée, devenait certainement inutile en matière de prélegs, car si le prélegataire ne pouvait réclamer, par la *rei vindicatio*, un bien dont le testa-

1. Dig. l. 88, 3, de *legat.* 2^o XXXI ; — l. 44, 3, de *legatis* 3^o XXXII.

teur n'était que propriétaire bonitaire; il pouvait du moins en obtenir la délivrance par l'action *familiæ erciscundæ*. C'est ainsi que décidaient les Proculiens : en assimilant le legs *per præceptionem* au legs *per vindicationem*, ils reconnaissaient pourtant que le legs *per præceptionem* laissé à un héritier pouvait, à la différence du legs *per vindicationem*, porter sur un *res in bonis* du testateur, dès l'instant que l'action *familiæ erciscundæ* pouvait avantageusement remplacer la *rei vindictio* dont l'exercice était impossible en pareil cas.

La forme *per damnationem* semble beaucoup moins bien appropriée à l'hypothèse d'un prélegs ; comment, en effet, un testateur peut-il condamner un héritier à se donner à lui-même ? La singularité d'un tel ordre, d'une pareille formule, ne met-elle pas obstacle à ce qu'elle soit jamais employée ? Pourtant, le prélegs *per damnationem*, pour être évidemment beaucoup plus rare que le prélegs *per vindicationem* ou *per præceptionem*, ne se rencontre pas moins quelquefois dans les lois romaines ; mais alors, ce qui paraît le plus choquant dans sa teneur, l'ordre de se donner à soi-même, se dissimule sous une forme impersonnelle : l'héritier damné n'est point nommément désigné. *Filio ex parte herede scripto, præceptionem dedit inter cætera, his verbis : Titio filio meo nomina ex kalendario quæ elegerit filius meus sibi, viginti dare damnas sunt sine dolo malo (heredes)*¹. Ailleurs, nous trou-

1. Dig. l. 34, 1 *De legat.* 30 XXXII.

vons ce texte encore plus explicite : *Si Attio ita legatum fuerit, quiquis mihi heres erit, damnas esto Attio heredi decem dare : deducta sua parte, Attius decem petet*¹. Le jurisconsulte statuant sur un prélegs *per damnationem* adressé à Attius, héritier pour partie, déclare qu'Attius ne pourra réclamer la somme de 10 qu'en en déduisant la fraction correspondant à sa part héréditaire.

Quant au prélegs *sinendi modo*, dont la formule aurait sans doute été ainsi conçue : *Quisquis mihi heres erit damnas esto sinere Lucium Titium heredem hominem Stichum sumere sibi que habere*, nous n'en trouvons point d'exemples dans les fragments du Digeste. Ce qui prouve évidemment qu'il était peu ou point employé, mais non qu'il ne pût l'être : cette forme, en effet, n'était pas plus choquante en soi que la forme *per damnationem*. D'autre part, Ulpien semble admettre qu'on pouvait préléguer dans les quatre formes ordinaires. Il déclare en effet que le prélegataire qui se serait mis en possession de la chose à lui léguée *per præceptionem*, sans la volonté de ses cohéritiers, ne serait tenu de l'interdit *quod legatorum* que pour la part du fonds à laquelle il aurait droit *jure legati* ; puis il ajoute qu'il en serait de même quelle que fût la forme du prélegs : *Idemque erit dicendum et si alio genere legati uni ex heredibus legatum sit*². Ulpien

1. Dig. l. 104, 3 et 5 *De legat.* 4^o XXX.

2. Dig. l. 1. 6, *Quod legat.* XLIII, 3.

ne faisant point de restriction sur les formes que peut revêtir un prélegs, nous avons le droit de conclure que le prélegs pouvait aussi bien emprunter la forme du *legatum sinendi modo* que celle des trois autres legs.

A côté du prélegs *per damnationem* rangeons le préfideicommissis dont l'usage était assez fréquent, et dont la formule ressemblait fort à la formule employée pour ce legs ¹: *Quisquis mihi heres erit, fidei ejus committo... Titio heredifundum dari volo desidero* ou encore : *Titium heredem fundum sibi habere, præcipuum fundum habere, præcipere volo, cupio.*

IV

La cause du prélegs, comme la cause d'un legs ordinaire, est l'intention libérale du testateur, aussi l'inexactitude du motif qui a déterminé cette volonté libérale, doit-elle en principe n'avoir aucune influence sur la validité de la disposition. Cette règle est pourtant ici moins rigoureusement appliquée ; les jurisconsultes accordent plus facilement aux héritiers l'*exceptio doli mali* contre le prélégataire que contre le légataire étranger, lorsqu'il résulte des termes employés par le testateur ou des autres circonstances de la cause, que le disposant a entendu subordonner sa libéralité à l'exactitude du motif indiqué. En

1. Dig. 1. 16, *de auro legato*, XXXIV, 2 ; — 1. 77, 8, *De legatis*.
2^o XXXI.

effet, la volonté libérale du testateur s'est déjà manifestée par l'institution d'héritier, elle se déclare à nouveau dans le prélegs. On conçoit donc qu'à raison même de ce redoublement, le testateur ait dû prêter au motif de la libéralité une importance plus grande, et plus facilement en faire dépendre la validité de la disposition.

Papinien ¹ dans l'hypothèse suivante fait l'application de ces idées : un père achète un fonds de terre et le lègue *per præceptionem* à l'un de ses fils ; pour empêcher que son autre fils soit moins bien partagé, il ordonne qu'il lui soit fait cession par son frère d'actions héréditaires contre les débiteurs de l'hérédité jusqu'à concurrence du prix d'achat de l'immeuble légué. Le père de famille revend ensuite le fonds et révoque ainsi le legs fait à son aîné. A la mort du disposant, le cadet a-t-il le droit d'exiger de son frère la cession des actions, l'exécution du prélegs ? Papinien répond négativement ; c'est qu'en effet dans l'intention du père le premier prélegs était le motif du second, et les circonstances de la cause indiquaient assez clairement l'intime liaison des deux dispositions dans l'esprit du testateur et la subordination de la seconde à la première.

La volonté du disposant apparaît surtout d'une manière évidente, si ce dernier a fait de la réalité du mo-

1. Digeste, l. 25, *de adimendis*, XXXIV, 4.

tif la condition expresse de la libéralité, *si conditionu-liter concepta sit causa* ¹.

Comme tout autre legs, le prélegs pouvait être laissé à charge par le prélegataire de remplir certaines obligations : il devra par exemple délivrer tous les legs qui pèsent sur sa part héréditaire sans faire subir aucun retranchement aux bénéficiaires de ces legs ; il paiera toutes les dettes qui grèvent l'hérédité objet du prélegs ; il fournira des aliments aux affranchis du testateur ou subviendra aux études de son frère, etc. ². Dans ces diverses hypothèses, le prélegs demeure pur et simple, mais le prélegataire est tenu de donner caution qu'il se conformera aux intentions du testateur.

Le prélegs pouvait être affecté des conditions les plus variées, mais il n'y a lieu d'insister que sur la condition *si heres erit*, car d'une façon générale toutes les règles relatives aux conditions dans les legs recevaient leur application dans les dispositions que nous étudions.

Lorsqu'une même personne était à la fois instituée héritière et gratifiée d'un legs par le testateur, elle pouvait à son choix ou bien acquérir la qualité de prélegataire en recueillant le double bénéfice de l'institution et du legs, ou bien s'en tenir à la seule qua-

1. Digeste, l. 17, 3 De cond. et dem. XXXV, 1.

2. Digeste, l. 75, *ad. leg. Falcid.* XXXV, 2 ; — l. 88, 2 De legatis, 1^o XXX ; — l. 8 de alimentis XXXIV, 2 ; — l. 21, 5, de annuis, XXXIII, 1.

lité de légataire en répudiant l'hérédité qui lui était déférée. L'existence du prélegs ou plutôt la transformation du legs ordinaire en prélegs résultait du parti pris par l'institué légataire de faire adition, mais la liberté d'option la plus parfaite était laissée à celui-ci : si le legs ne devenait point prélegs, il n'en demeurerait pas moins valable en tant que legs ordinaire. Cette liberté, l'insertion de la condition *si heres erit* avait précisément pour effet de la faire disparaître : le legs ainsi subordonné à l'acceptation de l'hérédité par le légataire, ne pouvait valoir qu'en tant que prélegs : l'institué devait ou perdre le bénéfice de sa double vocation, ou recueillir à la fois et sa part héréditaire et le legs à lui conféré. La condition *si heres erit* avait donc une importance considérable ; elle pouvait être expresse ou tacite ¹. Dans le premier cas nulle difficulté ; dans le second au contraire, de graves controverses se sont élevées sur la question de savoir si oui ou non la condition était sous-entendue.

La plupart des interprètes du droit romain ont soutenu qu'en règle générale la condition insérée dans l'institution d'héritier devait être réputée sous-entendue dans le prélegs, ou plutôt que le prélegs était fait sous la condition *si heres erit*, toutes les fois qu'une condition régissait l'institution. En pareille hypothèse, dit-on, la qualité de légataire était toujours inséparable de la

1. Dig. l. 92, pr. *de legat.* 3^o XXXII ; l. 20, pr. *de instructo* XXXIII, 7 ; — l. 88, *de legatis*, 1^o XXX.

qualité d'héritier, et l'on cite à l'appui de cette opinion quelques lois romaines¹.

Une femme institue son second mari et un fils commun pour moitié de son hérédité; elle laisse la deuxième moitié de ses biens à la fille qu'elle a eue de son premier mariage, sous la condition que cette dernière n'agira point contre ses cohéritiers à raison des comptes de tutelle dont ils seront tenus, en leur qualité d'héritiers de la testatrice, héritière elle-même pour partie du tuteur de sa fille. Celle-ci reçoit de plus à titre de prélegs certains objets faisant partie de l'hérédité. La mère vient à mourir et la fille répudie l'hérédité, parce qu'elle préfère agir *ex tutela* contre les héritiers de sa mère: mais elle réclame les biens légués. Scævola, consulté sur le point de savoir si la demande est juste, si la fille doit triompher, répond négativement en accordant une exception de dol aux héritiers de la testatrice: *Respondit secundum ea quæ proponerentur, eam de qua quæreretur, contra voluntatem petere et ideo exceptionem doli obstaturam*².

On a conclu du texte de Scævola que la condition *si heres erit* était sous-entendue dans le legs, ou plutôt, que la condition qui affectait l'institution, devait également régir le legs adressé à la fille instituée. Mais la fausseté de cette prétention ressort avec la plus grande clarté des termes employés par le jurisconsulte.

1. V. les auteurs cités par Buchholtz, *ibid.* p. 284, n. 53.

2. Dig. 1. 17, 3 *de doli mali except.* XXXIV, 4.

Au lieu de faire valoir le non-accomplissement de la prétendue condition, et par suite l'évanouissement du legs, il répond seulement que l'exception de dol peut être opposée par les héritiers à la légataire : s'ils ne l'opposent point, la demanderesse triomphera ; le legs n'est donc pas inexistant. Mais comme l'intention de la défunte était vraisemblablement d'empêcher la légataire d'exiger des comptes de tutelle, le jurisconsulte donne satisfaction aux héritiers en leur accordant le secours de l'exception. C'est ici l'application du principe qu'en matière de testament la volonté du disposant doit être largement interprétée.

Ailleurs c'est une aïeule qui institue héritier pour partie l'un de ses petits-fils sous la condition de son émancipation, et qui lui prélègue ensuite quelques fonds de terre. Lorsqu'elle meurt, l'enfant se trouve encore en puissance de son père. Mais celui-ci l'émancipe pour lui permettre de faire adition. Le père, en faisant valoir qu'à l'époque du *dies cedens* le légataire était encore en sa puissance, peut-il obtenir pour lui-même le bénéfice du prélegs ?

Papinien estime que l'enfant seul doit profiter du prélegs : il en donne pour motif que la condition de l'institution semble bien être répétée dans le legs : *conditionem emancipationis repetitam videri placet*, et il invoque l'autorité d'un rescrit d'Antonin-le-Pieux qui statue d'ailleurs sur une espèce bien différente. Mais le soin qu'il met à justifier sa décision et à ras-

sembler des espèces d'analogie très lointaine prouve, à n'en point douter, que cette répétition de la condition ne constituait pas une règle générale, qu'en pareille circonstance une simple question de fait pouvait parfois s'élever sur l'interprétation à donner de l'intention du disposant.

Deux autres fragments des mêmes jurisconsultes Scævola et Papinien établissent très-nettement la simple question de fait.

*Filium familias ex parte pure instituit heredem, eique fideicommissum dedit et eodem testamento ita cavit: Quod ego Lucium Titium heredem institui, ita eum adire hereditatem volo, si is patria potestate liberatus fuerit. Quæsitum est an, a coheredibus ejus adita hereditate, legati filio familias dati dies cesserit? Respondit, si pure datum, a coherede filii pro hereditaria parte fideicommissum peti posse*¹. Le fidéicommis ou le legs est-il pur et simple malgré l'institution conditionnelle, la personne gratifiée aura le droit de le réclamer; la condition semble-t-elle, au contraire, s'étendre aux deux dispositions, la défaillance aura pour effet de les faire évanouir toutes les deux.

L'erreur consiste à faire d'une simple question de fait un principe invariable, à présumer, comme le fait Cujas, que la condition de l'institution étend toujours son influence sur le legs ou sur le préfidéicommis².

1. Dig. l. 27 pr. *Quando dies legat.* XXXVI, 2.

2. *Et notandum in prælegatis semper videri repetitam conditionem*

Papinien ¹, comme Scævola, décide qu'en général, le sort du prélegs ne doit pas se solidariser avec le sort de l'institution ; sans doute, l'intention probable du testateur, lorsqu'il gratifie d'un legs l'un des héritiers inscrits, est de lui voir recueillir le double bénéfice de l'institution et du legs ; mais si pour une cause ou une autre la condition de l'institution vient à défaillir, les deux dispositions viennent à se disjoindre, le légataire ne peut perdre l'avantage de son legs que si la volonté du disposant apparaît d'une manière évidente.

V

Le prélegs pouvait avoir pour objet tout ce qui pouvait faire l'objet d'un legs, c'est-à-dire tout ce qui était dans le commerce. Deux points seulement méritent ici d'attirer l'attention : le prélegs d'un bien appartenant à autrui, le prélegs d'une chose hypothéquée devaient-ils suivre les mêmes règles que le legs de la chose d'autrui et le legs de la chose hypothéquée ?

adscriptam in institutione... nam prælegare est præter partem hereditariam dare. Sic ergo verissime possis constituere, nisi aliud voluerit defunctus, repetitam videri conditionem adscriptam in institutione. In lib. XVIII Quæst. Papin. ad fragm. 87 et seq. de legat. I.

1. Dig. l. 90 de legat, 1^o XXX.

Lorsqu'un objet appartenant à autrui a été légué, il y a lieu de distinguer si le testateur a su ou s'il a ignoré que la chose ne lui appartenait pas. Si le testateur a ignoré le vice de la chose, le legs est nul; s'il en a eu connaissance, au contraire, le légataire pourra se prévaloir de la libéralité, mais à charge par lui de prouver que le testateur a légué en pleine connaissance de cause: on suppose donc l'ignorance du disposant, la présomption est en faveur de l'héritier. Un cas se présentait pourtant où, malgré l'ignorance certaine du testateur, le légataire avait néanmoins le droit d'exiger la délivrance de l'objet légué, c'était lorsque ce légataire était un parent ou une *proxima persona* du disposant. *Quodsi rem suam esse putavit: non aliter valet relictum, nisi proximæ personæ, vel uxori, vel alii tali personæ datum sit, cui legaturus esset et si scisset rem alienam esse*¹. La considération des rapports de parenté qui liaient le disposant et le légataire l'emportait sur la présomption tirée de l'ignorance du testateur.

Quand il s'agissait d'un prélegs, ou faisait la même distinction et l'on décidait de même, suivant que le testateur avait su ou ignoré qu'il n'était point propriétaire; mais fallait-il admettre également le tempérament rapporté dans la loi précitée? Fallait-il décider que le prélegs adressé à une *proxima persona*

1. Code l. 10, de legat, VI, 37.

était valable, lors même que le testateur avait cru que la chose était sienne?

Un père laisse un fidéicommiss portant sur une chose qu'il croyait sienne à l'un de ses fils institué pour partie avec ses frères. Il est certain qu'un fils est une *proxima persona*, et pourtant Papinien décide que l'enfant gratifié, si l'éviction se produit, n'aura point l'action en garantie contre ses frères, ses cohéritiers. *Evictis prædiis, quæ pater, qui se dominum esse crediderit, verbis fideicommissi reliquit, nulla cum fratribus et coheredibus actio erit* ¹. On tire de ce texte la conclusion que le fragment du Code précité ne devait point s'appliquer au prélegs, et l'on soutient que le prélegs portant sur une chose que le testateur croyait sienne était dans tous les cas nul ; on ne peut supposer, dit-on, que le testateur qui gratifie déjà le prélegataire d'une quote-part de l'hérédité, ait pu vouloir lui donner sur une chose plus de droits qu'il n'en avait lui-même ².

Cette opinion nous paraît excessive. Si Papinien refuse au prélegataire l'action en garantie contre ses cohéritiers, bien qu'il soit une *persona proxima*, c'est parce que les cohéritiers du prélegataire sont eux aussi des *personæ proximæ* : on comprend dès lors que la présomption sur laquelle repose la loi 10

1. Dig. l. 77. 8, de *legat.* 2^o XXXI.

2. Vangerow. *Lehrbuch der Pandekten.* II, p. 421 ; — Buchholtz, p. 361.

au Code précitée, perde toute sa force et que par suite le prélegs soit considéré comme inexistant. — Le pré-légataire *persona proxima* se trouve-t-il au contraire en présence de cohéritiers étrangers, la présomption reprenant toute sa force, rien ne s'oppose plus à ce que le prélegs demeure valide, bien que le testateur se soit cru propriétaire de l'objet prélégué. — Le texte de Papinien statue sur une hypothèse toute spéciale ; rien ne prouve donc que le jurisconsulte ait voulu déroger aux règles ordinaires du legs de la chose d'autrui ; qu'on ne tire pas argument des mots *fratribus et coheredibus*, car la fin du texte prouve clairement que tous les héritiers étaient frères du pré-légataire ¹.

Le legs de la *res pignérata* est régi d'après les mêmes règles que le legs de la *res aliena* : si le testateur a su que la chose était engagée, les héritiers sont tenus de la dégager et de la remettre libre de toutes charges entre les mains du légataire : si, au contraire, le testateur n'a pas connu l'hypothèque, le légataire ne peut réclamer l'objet du legs que dans l'état où il se trouve, avec les charges qui le grèvent. *Si res obligata per fideicommissum fuerit relictæ, si quidem scit eam testator obligatam, ab herede luenda est ; nisi si animo alio fuerit : si nesciat, a fideicommissario* ². Ces principes incontestés pour les legs ont donné lieu à quelques difficultés en matière de prélegs.

1. Arndts et Glück, t. 47, p. 54-58.

2. Dig. l. 57, de legat. 1^o XXX. — Inst. de legat. 5.

*Rem pignori datam, dit Gaius¹, si per præceptionem legaverit testator, officio judicis continetur, ut ex communi pecunia luatur, eamque ferat is, cui eo modo fuerat legata. Cujas, commentant cette loi de Gaius, estime qu'elle est générale et qu'elle doit s'appliquer sans qu'il y ait à distinguer si le testateur a eu ou n'a pas eu connaissance du gage ; il en donne cette raison que le testateur est animé d'intentions particulièrement généreuses à l'endroit du préléataire ; on doit donc croire aisément que le testateur n'en aurait pas moins légué, s'il avait su que la chose avait été donnée en gage : *Nec lex distinguit utrum scierit testator rem esse obligatam, an nescierit... at prælegato relicto rei pignoratæ coheredi, etiam ab ignorante rem esse pignoratam, quasi honore quodam præcipuo et affectione singulari erga eum heredem, facilius videtur esse voluntas testatoris onerandorum coheredum, ut scilicet luant pro portionibus et partibus, et ipse prælegatarius pro sui parte, nec videtur hic admittenda differentia inter scientem et ignorantem*².*

La portée que donne Cujas à la loi de Gaius nous paraît beaucoup trop générale, car il est très probable que le jurisconsulte n'a voulu statuer que pour le testateur qui préléguait la chose que lui-même avait achetée, et non pour celui qui avait parfaite-ment prélégué.

Cette probabilité devient presque une certitude, quand on rapproche la loi précitée du passage des commentaires où Gaius parle d'un legs *per præceptionem* portant sur une chose que le testateur avait lui-même aliénée fiduciairement. *Aliquo tamen casu etiam alienam rem per præceptionem legari posse fatentur, veluti si quis eam rem legaverit, quam creditori fiduciæ causa mancipio dederit; nam officio judicis coheredes cogi posse existimant, soluta pecunia solvere eam rem, ut possit præcipere is cui ita legatum sit*¹.

La loi de Gaius n'est donc pas aussi absolue qu'elle le paraît au premier abord. Comme il n'y a d'ailleurs aucune raison de faire exception aux règles ordinaires des legs, il faut décider que le prélegs de la chose hypothéquée se comporte en tous points comme le prélegs de la chose d'autrui.

1. *Comment.* II, 220 *in fine*.

CHAPITRE II

NATURE DU PRÉLEGS. — EFFETS DE LA RÈGLE: HEREDI A SEMETIPSO LEGARI NON POTEST.

Les formes et les conditions extérieures du prélegs étant connues, il reste à en scruter la nature, il reste surtout à combiner l'existence du prélegs avec la règle: *heredi a semetipso legari non potest*.

Quand les formes primitives du testament furent tombées en désuétude, le testateur trouva dans les ruines mêmes du testament antique la liberté de disposer, dont il n'avait pu jouir à l'origine. Il dut arriver fréquemment que ce testateur négligeât de désigner un héritier et multipliât les legs au-delà même des forces de son patrimoine: les créanciers de la succession se trouvaient en présence de légataires, qui, ne représentant point la personne du défunt, n'avaient point la charge des dettes. Pour éviter de pareils abus, la coutume s'introduisit sans doute d'inscrire en tête du testament et avant toutes libéralités à

titre singulier le nom d'un héritier institué : cet héritier était le continuateur de la personne du disposant et prenait en acceptant le titre d'héritier, la charge de satisfaire aux demandes légitimes des créanciers du défunt. La coutume devint règle, et règle fondamentale des hérédités testamentaires en droit romain. Point de testament sans la désignation d'un héritier ; nullité du testament, si l'institution avait été omise, ou si l'institution demeurerait sans effet par la répudiation de l'institué : avec le testament disparaissaient tous les legs. Le formalisme romain n'exigeait pas seulement une institution expresse, faite en des termes impératifs : l'institution devait encore précéder toutes les autres dispositions du testament.

L'héritier qui outre sa part héréditaire recevait à titre de *præceptio* un objet quelconque de l'hérédité, se trouvait donc propriétaire de l'objet légué en vertu de deux titres distincts, à titre d'héritier et à titre de légataire ; mais de ces deux titres, l'un, le titre d'héritier, était plus ancien que l'autre, le titre de légataire, puisque toujours l'institution devait précéder la libéralité à titre singulier. Le second devenait donc inutile, inutile pour la totalité du legs, si l'héritier était seul institué, inutile pour partie seulement, si d'autres héritiers étaient désignés en même temps que l'héritier légataire. En proclamant l'inefficacité partielle ou totale du legs conféré à l'institué, les jurisconsultes romains ne faisaient que se conformer à l'état de fait

résultant du concours de deux qualités dont l'une absorbait fatalement l'autre. C'est qu'ils ne s'étaient pas encore élevés à cette idée abstraite de l'hérédité diminuée *ipso jure* de tous les legs qui la grèvent. On considère, au contraire, dans notre droit moderne le legs préciputaire comme une disposition recueillie pour le tout *jure legati*, parce qu'on divise idéalement l'ensemble des biens laissés par un défunt en deux masses distinctes : la masse des biens attribués à titre singulier aux légataires, la masse des biens dévolus aux héritiers à titre universel. On ne voit plus d'impossibilité juridique dans le fait de l'héritier légataire qui puise à la fois, mais à des titres différents, dans l'une et l'autre des deux masses.

Nous distinguerons deux cas : le pré légataire fait adition d'hérédité ; le pré légataire ne fait point adition, et nous chercherons, en étudiant les effets de la règle *heredi a semetipso legari non potest* dans l'un et l'autre cas, à préciser la nature du legs adressé par le testateur à l'un de ses héritiers institués.

I

Le pré légataire a fait adition.

C'est alors que l'institué mérite vraiment le nom de pré légataire, car c'est alors seulement que se trouvent réunies en sa personne les deux qualités d'héritier et de légataire.

Mais ces deux qualités qui ne sont point incompatibles pour toute la portion du prélegs qui correspond à la part héréditaire du ou des cohéritiers du prélegataire, sont inconciliables, au contraire, pour cette portion du prélegs qui grève la part héréditaire du prélegataire lui-même. Jusqu'à concurrence de cette portion, le legs demeure inefficace ; mais comme sous la qualité de légataire, qui nécessairement disparaît pour partie, se trouve la qualité d'héritier, le prélegataire en définitive conserve tout l'objet du prélegs à deux titres différents, pour partie à titre singulier comme légataire, pour partie à titre universel comme héritier.

Il en est certainement ainsi lorsque le prélegs a reçu la forme du legs *per vindicationem* ou du legs *per præceptionem*, puisque l'objet d'un tel prélegs doit être nécessairement une chose héréditaire. Quant au prélegs *per damnationem* qui peut indifféremment porter sur une chose héréditaire ou sur une *res aliena*, il y a lieu de distinguer : dans le premier cas, le prélegataire conservera l'objet de son prélegs en entier, mais à des titres différents ; dans le second cas, au contraire, en tant que légataire, il aura bien action contre ses cohéritiers jusqu'à concurrence de leur part héréditaire, et deviendra pour cette part propriétaire de la chose léguée, à titre de légataire : mais pour toute la fraction correspondant à sa propre part héréditaire, il ne deviendra propriétaire qu'à titre d'acheteur, *jure emp-*

tionis, s'il juge à propos de parfaire son droit de propriété : il n'en peut devenir propriétaire à titre d'héritier, puisque l'objet légué ne fait point partie de la masse héréditaire.

Supposons maintenant que le legs ait été fait *per vindicationem* ou *per præceptionem*, ce qui d'ailleurs était le cas plus fréquent, et voyons les conséquences de ce fait que le prélégataire recueillait l'objet légué, pour partie *jure legati* et pour partie *jure hereditario*.

I

Nous savons qu'en droit romain les légataires et les fidéicommissaires ne peuvent d'eux-mêmes et sans l'autorisation de l'héritier se mettre en possession des objets à eux légués. Ce droit des héritiers d'accorder eux-mêmes la délivrance des biens légués leur est une garantie qu'ils pourront aisément faire la retenue que la loi Falcidie leur permet en certains cas, sans recourir à la revendication, sans avoir à prouver leur droit de propriété, preuve souvent difficile à fournir. La défense faite aux légataires de prendre possession de leurs legs sans l'assentiment des héritiers, est sanctionnée par un interdit, l'interdit *quod legatorum*, dont l'héritier peut user pour éviter précisément d'agir en revendication, lorsqu'il se trouve dessaisi de la possession de l'objet légué, par le fait du légataire. Mais ce légataire n'est exposé à l'interdit que dans la me-

sure exacte de son legs : dès lors le pré légataire qui s'est emparé à l'insu de ses cohéritiers de l'objet pré-légué, peut conserver malgré l'interdit la portion du prélegs, qui nulle en tant que legs, lui revient *jure hereditario*, à titre héréditaire. C'est en effet ce que décide expressément Ulpien, lorsqu'il dit : *Qui vero ex causa præceptionis, utique tenetur hoc interdicto : sed pro ea scilicet parte, quam jure legati habet, non etiam pro ea quam quasi heres habet : idemque erit dicendum, et si alio genere legati uni ex heredibus legatum sit ; nam et hic dicendum est, pro ea parte qua heres est, cessare interdictum*¹.

II

La loi Falcidie venait au secours de l'héritier dont la part héréditaire était trop lourdement grevée de legs mis à sa charge ; elle lui permettait de conserver pour un quart le bénéfice de son institution, et l'autorisait en conséquence à réduire proportionnellement à leur importance, les legs dont il devait la délivrance aux personnes désignées par le testateur. C'était un moyen d'encourager l'héritier à faire adition en lui assurant dans tous les cas un bénéfice important : sans cette assurance, il aurait peut-être répudié l'hérédité et le testateur serait mort *intestat*, malheur qu'il fallait à tout prix éviter.

1. Dig. l. 1, par. 6, *Quod legat.* XXXXIII, 3.

Le caractère de la loi Falcidie apparaît bien nettement : elle était surtout conçue en faveur du testateur ; l'avantage de l'héritier en était la conséquence et non l'objet. Il aurait donc été naturel d'interdire la retenue, lorsque l'héritier désigné trouvait, malgré le grand nombre de ses charges, un intérêt véritable à recueillir l'hérédité, lorsque, par exemple, il réunissait la qualité de légataire à celle d'institué. Les jurisconsultes n'en décidèrent pourtant point ainsi ; ils estimèrent que la quarte Falcidie pouvait être retenue par l'héritier surchargé, même quand ce dernier recueillait en qualité de légataire ou de fidéicommissaire un avantage supérieur au quart de sa part héréditaire : la quarte Falcidie devait lui appartenir *jure hereditario*. *In quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, imputantur res quas jure hereditario capit, non quas jure legati vel fideicommissi, vel implendæ conditionis causa accipit, nam hæc in quartam non imputantur*¹.

Étant donné ces principes, que fallait-il décider lorsqu'un préléataire voyait plus des trois quarts de sa part héréditaire absorbés par des legs en faveur de personnes étrangères à l'hérédité ? Pouvait-il conserver l'objet prélégué et réduire en même temps les legs dont il devait la délivrance ?

Les textes répondent de la manière la plus explicite. Le préléataire peut sans doute conserver l'ob-

1. Dig. l. 94, pr. ; l. 76 pr. *ad leg. Falcid.* XXXV, 2.

jet prélégué dans son intégralité, mais la part qu'il en recueille *jure hereditario*, il la doit imputer sur sa quarte, de telle sorte que son droit d'exiger la retenue *ex lege Falcidia* se trouve considérablement restreint : il ne peut retenir que la différence entre la portion du prélegs recueillie *jure hereditario* et le quart de sa part héréditaire. L'autre portion du prélegs, qui correspond à la part héréditaire des cohéritiers du légataire-héritier, reste en dehors de la quarte, parce qu'elle est recueillie *jure legati* : *Quod dicitur, si ex judicio defuncti quartam habeat heres, solida præstanda esse, ita accipere debemus, si hereditario jure habeat : itaque quod quis legatorum nomine a coherede accepit, in quadrantem ei non imputatur... Qua ratione placuit legata, quæ legatarii non capiunt, cum apud heredes subsederint, hereditario jure apud eos remanere intelligi, et ideo quadrantem imputanda*¹.

Devant des textes aussi précis, tous les commentateurs du droit romain sont d'accord² ; un seul fait exception. Nieto, bien qu'il reconnaisse la division du prélegs en deux parts distinctes : l'une correspondant aux parts héréditaires des cohéritiers du prélegataire et recueillie *jure legati* ; l'autre, correspondant à la propre part héréditaire de ce dernier et recueillie *jure hereditario*, Nieto soutient qu'aucune de ces deux

1. Dig. l. 74 et l. 76, p. 1. *ad legem Falcid.* XXXV, 2.

2. Comp. Buchholtz, p. 441, notes 41 et 42, et Vangerow, *Lehrbuch der Pandecten*, II, p. 418.

portions ne doit s'imputer sur la quarte Falcidie. Il prétend qu'au regard des légataires étrangers, le pré-légataire conserve son titre de légataire pour la totalité du prélegs, que ce prélegs est en entier distinct de la masse héréditaire, et que dès lors il ne doit supporter aucune part des charges héréditaires. Si, théoriquement, le pré-légataire recueille *jure hereditario* une partie du prélegs, c'est uniquement l'effet du concours en sa personne de deux qualités incompatibles en droit, mais cette incompatibilité ne doit avoir aucune influence sur les rapports du pré-légataire avec les autres légataires. Quant à eux le prélegs vaut pour le tout *jure legati*, il doit donc pour le tout rester en dehors de la quarte Falcidie ¹.

Nous ne réfuterons point le système de Nieto, il tombe de lui-même en face des textes si clairs de Gaius que nous avons cités plus haut. Ce système de plus est contradictoire avec lui-même. Puisque Nieto reconnaît la nullité partielle du prélegs, il ne peut prétendre qu'au regard des autres légataires, le pré-légataire recueille tout l'objet prélégué *jure legati*.

Le droit pour le pré-légataire de conserver en dehors de sa quarte toute la portion du prélegs valable *jure legati*, disparaissait naturellement lorsque le testateur avait mis au prélegs cette condition que le pré-légataire n'userait point de la loi Falcidie. Un choix s'offrait alors à ce dernier, qui ne pouvait réclamer le

1. *Tractatus de praelegatis*, cap. 4, par. 2.

prélegs qu'en promettant de ne point opposer la réduction à l'encontre des autres légataires. Cette décision n'avait rien de contraire au principe que le testateur n'était point libre d'exclure en tout ou en partie l'application de la loi Falcidie: car ce n'était point le testateur qui en pareille hypothèse empêchait l'héritier de retenir sa quarte, c'était l'héritier lui-même qui librement optait pour l'exclusion de la loi Falcidie, parce qu'il trouvait sans doute une compensation suffisante dans le droit de réclamer son prélegs¹.

Supposons qu'un prélegs ait été conféré à chacun des héritiers institués et que l'un d'eux voie sa part héréditaire absorbée par des legs adressés à des étrangers. Comment s'opérera la rétention de la quarte dont tout héritier a le droit de conserver l'émolument en dehors de toutes libéralités à titre particulier?

Un père de famille meurt après avoir institué ses trois fils pour parts égales, et leur avoir prélégué: à Primus et à Secundus deux fonds de terre de 12,000 fr. chacun; à Tertius une somme de 6,000. La part de ce dernier est de plus grevée d'un legs *per damnationem* de 20,000; le patrimoine du défunt s'élève à 90,000. Part héréditaire, 30,000; quarte, 7,500.

Un point certain d'abord: Tertius, dont la part héréditaire est absorbée par les libéralités à titre par-

1. Dig. l. 75, *ad leg. Falcid.* XXXV, 2.

ticulier du testateur, est tenu d'imputer sur sa quarte le tiers de son prélegs, puisqu'il recueille ce tiers *jure hereditario* : la retenue qu'il veut exercer *ex lege Falcidia* ne pourra donc excéder la somme de 5,500. Tertius s'adresse alors à Primus et à Secundus pour leur retenir à chacun la septième partie du complément auquel il a droit, pour se remplir de la quarte Falcidie; il entend retenir les cinq autres septièmes au légataire étranger dont le legs (20,000) est cinq fois plus considérable que la fraction (4,000) des prélegs dont Tertius est tenu envers Primus et envers Secundus. Tertius veut donc retenir à chacun de ces deux derniers la somme de 786 et au légataire étranger 3,930 ($786 + 786 + 3,930 + 2,000 = 7,502 =$ quarte Falcidie): le pourra-t-il?

La raison de douter est que Tertius qui maintenant s'oppose à la stricte exécution du testament va tout-à-l'heure en vertu de ce même testament réclamer à chacun de ses cohéritiers la somme de deux mille francs à titre de prélegs. Comment admettre en faveur de Tertius le droit de méconnaître les clauses désavantageuses d'un acte dont il prétend invoquer les clauses avantageuses? Les jurisconsultes romains ont tranché la question en décidant que Tertius ne pouvait exercer la retenue *ex lege Falcidia* à l'encontre de ses cohéritiers légataires, dès l'instant que ces derniers devaient en vertu du testament lui fournir une prestation supérieure à la retenue. Si la fraction du pré-

legs dont Primus et Tertius étaient tenus chacun envers Tertius, s'était trouvée inférieure à la retenue, ce dernier aurait pu retenir la différence entre les deux sommes.

Dans le cas où des prélegs réciproques ont été laissés par le testateur en faveur de chacun de ses cohéritiers, chaque prélegataire doit donc vis-à-vis de ses coprélegataires imputer sur sa quarte non seule- la portion du prélegs qu'il recueille *jure hereditario*, mais encore cette autre portion dont ceux-ci sont débiteurs envers lui. L'intention du testateur a dû être sans doute de mettre à chaque prélegs cette condition que les prélegataires n'useraient point de la loi Falcidie les uns contre les autres, dès qu'ils trouvaient dans leur prélegs un avantage équivalent à la retenue de la quarte Falcidie. *Id quidem, quod a coherede legatorum nomine percipitur, non solet legatariis proficere, quominus Falcidiam patiantur, sed quum is qui legatum præstaturus est, ab eodem aliquid ex testamento petit, non est audiendus desiderans uti adversus eum Falcidiæ beneficio, si id quod percepturus est ex voluntate testatoris suppleat, quod deducere desiderat*¹.

Le légataire étranger doit naturellement supporter la retenue de la loi Falcidie, mais cette retenue ne

1. D. I. 22 *ad leg. Falcidiam*. Cette loi de Paul prévoit l'hypothèse de prélegs improprement dits, mais le principe posé par le jurisconsulte s'applique aussi bien aux prélegs véritables : il est général.

peut s'aggraver à son détriment. Tertius n'a pas le droit de l'augmenter de tout ce qu'il ne peut retenir contre Primus et Secundus; dans ses rapports avec le légataire étranger, tout doit se passer comme si les prélegataires étaient des légataires ordinaires, comme s'ils avaient supporté la retenue de la quarte Falcidie. *Plane ceteris legatariis non universum, quod coheredi præstat imputabit, sed quantum daturus esset, si nihil ab eo perciperet* ¹.

III

L'héritier prélegataire pouvait être chargé par le testateur de restituer à un tiers la part d'hérédité qu'il venait de recueillir; alors s'élevait la question de savoir si le prélegs devait être compris lui aussi dans l'obligation de restituer mise à la charge de l'héritier. La réponse était aisée lorsque le défunt avait exprimé la volonté que la restitution comprît et la part héréditaire et le prélegs : *uxoris fidei commisit, ut partem hereditatis et quæcumque ei legasset, post mortem suam Titio restitueret* ². Mais le plus souvent, le testateur avait gardé le silence : fallait-il décider alors que l'obligation de restituer s'étendait au prélegs tout entier? fallait-il, au contraire, laisser au prélegataire le droit d'en retenir la totalité?

1. Dig. eod. fragm. Comp. Buchholtz, p. 447 et suiv.

2. Dig. l. 78, par 14, ad Senat. Trebell. XXXVI, 1.

Doneau et les anciens commentateurs du droit romain estimaient que, pour répondre à la question, il fallait uniquement considérer quelle place occupait dans le testament la disposition fidéicommissaire. Le fidéicommis précédait-il le prélegs, la restitution ne pouvait comprendre alors que la part héréditaire recueillie par le prélegataire, dont le prélegs restait hors de cause pour le tout. Le fidéicommis venait-il à la suite et de l'institution et du prélegs, il fallait distinguer suivant que le testateur avait employé pour désigner l'objet du fidéicommis le seul mot *portio* ou les deux mots *portio hereditatis*, *portio hereditaria* : dans le premier cas, le mot *portio* étant général et désignant tout l'ensemble des biens recueillis par le prélegataire, ce dernier devait restituer au fidéicommissaire tout ce qu'il tenait de la libéralité du défunt, prélegs et part héréditaire ; dans le deuxième cas, au contraire, comme les mots *portio hereditaria* ne pouvaient comprendre que les biens recueillis par le prélegataire *jure hereditario*, le fidéicommissaire ne pouvait exiger que la part héréditaire du fiduciaire, mais dans la part héréditaire rentrait naturellement la fraction du prélegs nulle en tant que legs ; le prélegataire conservait la fraction du prélegs valable *jure legati*.

On cite à l'appui de ce système plusieurs lois du Digeste¹ ; malheureusement ces textes n'indiquent

1. Dig. l. 3, par. 4 et l. 18, par. 3, *ad Senat. Trebell.* XXXVI, 4 ; — l. 86, *ad legem Falcidiam*, XXXV, 2.

en aucune façon quelle place occupaient dans les divers testaments les prélegs et les fidéicommiss sur lesquels ils statuent. De plus, n'est-ce point donner aux décisions des jurisconsultes romains une base bien peu solide que de les fonder uniquement sur l'ordre suivi par le testateur dans la rédaction de ses dernières volontés. Papinien qui prévoit l'hypothèse d'un fidéicommiss mis à la charge d'un prélegataire, déclare précisément qu'il ne faut point tenir compte de l'ordre des écritures : *Ordo scripturæ non impedit causam juris ac voluntatis*¹.

Pour savoir quelle étendue doit être donnée à l'obligation de restituer, il faut seulement rechercher la volonté probable du testateur et considérer les termes employés par lui. — S'il a prié le légataire de restituer au fidéicommissaire *portionem suam*, ou *quidquid ex hereditate, ex bonis, ex hereditate bonisve, quidquid quoquo nomine de bonis meis ad eum pervenerit*, il est certain que le prélegataire devra livrer au fidéicommissaire non seulement ce qu'il a recueilli *jure hereditario*, mais encore tout ce qu'il a reçu *jure legati* de ses propres cohéritiers. Puisque le testateur n'a point limité l'obligation de restituer, c'est qu'apparemment il a voulu qu'elle comprît même cette portion du prélegs qui grevait la part héréditaire du ou des cohéritiers du prélegataire, et qui pourtant n'était recueillie par ce dernier que *jure legati*.

1. Dig. l. 77, par. 12. *de legatis*, 2^o, XXXI.

Un texte d'Ulpien est surtout formel : *Quidam liberis suis ex disparibus partibus institutis, datis præceptionibus, ut ipse maximam partem patrimonii inter liberosita divisisset, rogavit eum, qui sine liberis decederet portionem suam fratribus restituere. Imperator noster rescripsit, præceptiones quoque fideicommisso contineri quia non portionem hereditariam testator commemoravit, sed simpliciter portionem ; in portionem autem et præceptionem videri cecidisse*¹. Papinien et Scævola ne sont pas moins explicites².

Pourtant la présomption tirée des termes employés par le testateur n'est pas une présomption absolue, la preuve contraire peut être fournie par le pré légataire. *Jam quoniam in fideicommissis voluntas magis, quam verba plerumque intuenda sunt, si quas pro rei veritate præterea probationes habes, ad commendandum hanc patris voluntatem, quam fuisse asseveras, apud præsidem experiri non vetaris*³.

Lorsque le testateur s'est contenté d'imposer au pré légataire la charge de restituer *pars hereditaria* ou *hereditas*, la restitution ne comprend plus les biens recueillis *jure legati* : le fidéicommissaire ne peut exiger que les biens recueillis *jure hereditario*. Dès lors toute la fraction du prélegs qui grève la part héréditaire du

1. Dig. l. 3, par. 4, *ad Senat. Trebell.* XXXVI, 4.

2. Dig. l. 77, par. 42, *de legat.* 2^e, XXXI et l. 40, par. 1. *de legat.* 1^{re}, XXX.

3. Code, l. 16, *de fideicommissis*, VI, 42.

cohéritier du prélegataire se trouve en dehors de la masse à restituer. Au contraire toute la portion du prélegs qui correspond à la part héréditaire du cohéritier du prélegataire, demeure comprise dans la restitution, puisque pour toute cette fraction le prélegs ne peut valoir.

Si legatum sit heredi relictum, et rogatus sit portionem hereditatis restituere, id solum non debere eum restituere, quod a coherede accepit; ceterum quod a semetipso ei relictum est, in fideicommissum cadit; et id divus Marcus rescripsit¹.

Un texte pourtant semble accorder au fiduciaire le droit de conserver, par devers lui, cette fraction du prélegs qui grève sa part héréditaire, et qui, ne pouvant valoir *jure legati*, devrait être comprise dans la restitution de la *pars hereditaria*.

Titia institue son frère Titius héritier pour un tiers; elle le prie ensuite de restituer à Secunda et à Procula cette part héréditaire, en lui permettant d'ailleurs de retenir la quarte Falcidie. Enfin Titia prélève à son frère un fonds de terre. Il s'agit de savoir si Titius, malgré l'ordre de restituer, pourra retenir le prélegs qui lui est adressé. D'après les règles que nous avons établies plus haut, Titius doit restituer à Secunda et à Procula tout ce qu'il recueille *jure hereditario*; les deux tiers du fond prélegué lui échoient *jure legati* et se trouvent hors de cause; ils peuvent donc être retenus.

1. Dig. l. 18, par. 3, *ad Senat. Trebell.* XXXVI, 1.

Le dernier tiers, au contraire, correspondant à la part héréditaire de Titius, lui échoit *jure hereditario*; mais comme d'après la volonté même de la défunte Titius a le droit de retenir la quarte Falcidie, il retient dans cette quarte un douzième du fonds prélégué. En définitive le prélegs devrait être conservé pour $-\frac{9}{12}$ et restitué pour $-\frac{3}{12}$. Ce n'est pourtant point la solution donnée par le jurisconsulte: Julien déclare que Titia aura le droit de retenir en entier le prélegs qui lui a été conféré, et il en donne pour raison que Titia a permis elle-même au fiduciaire de retenir pour un quart le bénéfice de son institution: *sed si non esset adjectum ut pars quarta deduceretur: totum trientem prædiorum legi Falcidiæ imputari oportere, quoniam contra sententiam matris familiæ lex Falcidia induceretur*¹.

La singularité de la décision a lieu de nous étonner au premier abord, mais elle est bien atténuée, quand on essaie de reconstituer le raisonnement qu'a dû se faire le jurisconsulte. Titius, Secunda et Procula sont institués chacun pour un tiers, voilà la disposition formelle du testament; mais, par l'effet du fidéicommis dont Titius se trouve grevé en faveur de ses deux cohéritières, Secunda et Procula, héritières chacune déjà pour un tiers, vont se trouver en outre pour trois douzièmes *loco heredum*. Dès lors, n'est-il pas tout naturel de considérer Titius comme n'étant, dès le principe, institué que pour un douzième et sans charge

1. Dig. *ad leg. Falcid.* XXXV, 2, 1. 86.

de rendre ? Le jurisconsulte admet cette considération avec d'autant plus de facilité que c'est Titia elle-même qui a permis la rétention de la quarte, et que dès lors il était inutile d'invoquer le sénatus-consulte Pégasien.

— Si Titius, continue Julien, n'est institué que pour un douzième, le prélegs qui lui est conféré doit valoir *jure legati* jusqu'à concurrence de la part héréditaire de ses cohéritiers, jusqu'à concurrence de onze douzièmes : quant au dernier douzième du fonds prélégué, Titius le retient naturellement comme rentrant dans sa propre part héréditaire. Il est donc exact de dire que Titius conserve en entier l'objet du prélegs.

Le raisonnement du jurisconsulte et la décision qu'il en tire sont très favorables à Titius, mais ils ne sont en aucune façon contraires aux règles déduites des textes romains sur l'obligation de restituer mise à la charge d'un héritier légataire ¹.

L'héritier prié de rendre à un tiers la part héréditaire pour laquelle il était institué, avait, depuis le sénatus-consulte Pégasien, le droit de retenir lui aussi, comme l'héritier grevé de legs, sa quarte, la quarte Pégasienne. *Pegaso et Pusione consulibus*, dit Gaïus, *senatus censuit ut ei qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere atque lege Falcidia in legatis retinendis conceditur* ². Issue de

1. Comparer Buchholtz, p. 477 et suivantes ; Vangerow, *loc. cit.* 419.

2. *Comment.* II. 244.

la même idée que la quarte Falcidie, engager le fiduciaire à faire adition en lui promettant toujours un bénéfice important, la quarte Pégasienne fut régie par les mêmes règles que son aînée, dont elle emprunta même très souvent le nom, jusqu'au jour où Justinien, supprimant le nom du sénatus-consulte Pégasien, désigna définitivement sous la même appellation de quarte Falcidie l'une et l'autre quarte

Le pré légataire chargé de restituer sa part héréditaire au fidéicommissaire indiqué par le testateur, devait-il imputer sur sa quarte le bénéfice qu'il retirait de son prélegs ? Pouvait-il, au contraire, cumuler et l'avantage résultant du prélegs et l'avantage résultant de la quarte à retenir ? La question qui se pose ici n'est plus la même que celle examinée plus haut, bien qu'elle soit encore relative aux fidéicommiss imposés au pré légataire. Il s'agissait tout à l'heure de déterminer l'étendue *maxima* de la restitution ; il s'agit maintenant de déterminer quels biens s'imputent sur la quarte, lorsque le pré légataire entend la retenir à l'encontre du fidéicommissaire.

Marcien, après avoir indiqué ce qu'il faut imputer sur la quarte Falcidie, lorsque l'héritier la retient contre des légataires, passe à l'hypothèse de la quarte, retenue par l'héritier, quand il est sollicité par des fidéicommissaires ¹. *Sed in fideicommissaria hereditate restituenda, sive legatum vel fideicommissum datum*

1. Dig. l. 91. *ad leg. Falcid.* XXXV, 2.

sit heredi, sive præcipere, vel deducere, vel retinere jussus est : in quartam id ei imputatur pro ea vero parte quam accepit a coherede, extra quartam, id est, quod a coherede accipitur.

Sed et si pecunia accepta hereditatem restituere rogatus sit, id, quod accipit, in quartam ei imputatur, ut divus Pius rescripsit.

Le jurisconsulte distingue deux cas : le prélegs a-t-il pour objet toute autre chose que de l'argent, le prélegataire ne doit imputer sur sa quarte que cette portion du prélegs, qui nulle en tant que legs se trouve confondue avec la part héréditaire du fiduciaire ; le prélegs a-t-il au contraire une somme d'argent pour objet, tout le montant de cette somme doit être imputée par le prélegataire sur la quarte pégasienne.

Dans le premier cas l'importance plus ou moins grande de la fraction pour laquelle le prélegataire se trouve institué aura donc pour effet d'augmenter ou de diminuer l'imputation sur la quarte ; dans le deuxième cas au contraire l'imputation sur la quarte sera toujours de la totalité de la somme préleguée.

Lorsque le prélegs porte sur un fonds et que ce fonds appartient à autrui, les choses se passent comme s'il s'agissait d'un fonds héréditaire : le prélegataire n'en imputera toujours pas sur la quarte la fraction correspondant à la part héréditaire de son cohéritier, bien qu'il soit ici autorisé à retenir non pas

le fonds lui-même, mais la somme nécessaire à son achat ¹.

La différence établie par Marcien sur le point qui nous occupe entre le prélegs d'un fonds et le prélegs d'une somme d'argent, se trouve également reproduite par Papinien dans deux fragments de ses écrits.

Un père a institué son épouse et ses enfants ²; il prélègue ensuite à sa fille cent sous d'or et le fonds *Tusculanum*, en la priant de restituer sa part héréditaire à sa mère, qui compte déjà parmi les héritières du testateur. La question soumise au jurisconsulte fut sans doute celle de savoir comment la fille devait faire l'imputation sur la quarte Pégasienne. Le jurisconsulte répond que la charge du legs ayant pour objet le fonds *Tusculanum* doit peser indistinctement sur tous les héritiers, *prædium quidem hereditarium judicio divisionis de communi filiam habituram*; quant au legs de la somme d'argent, il doit uniquement grever la part héréditaire de la fille. La conséquence toute naturelle de cette décision est que la fiduciaire doit imputer sur sa quarte la totalité du second legs et cette fraction seulement du premier, qui correspond à sa propre part héréditaire : *pecuniam autem de parte sua retenturam*.

Dans la loi 58, paragr. 3, *ad Senat. Trebell.* Papinien fait encore la même distinction : *Diversa causa*

1. Dig. l. 72 *ad Senat. Trebell.* XXXVI, 2.

2. Dig. l. 77, pr. *de legatis*, 2^o XXXI.

est prædiorum pro hereditaria parte retentorum : quippe pecunia omnis de portione retineri potest : prædiorum autem alia portio non nisi a coherede qui dominium habet accipitur.

Il est assez difficile d'apercevoir les motifs qui poussaient les jurisconsultes à traiter différemment le fiduciaire, suivant que son prélegs portait sur une somme d'argent ou sur tout autre objet. Ils considéraient sans doute que le fiduciaire, gratifié d'un prélegs, était moins intéressant que le prélegataire ordinaire dont la portion héréditaire se trouvait absorbée par d'autres legs : le testateur en effet avait pu se rendre un compte inexact de l'importance de ces legs relativement à la part héréditaire du prélegataire ; il avait pu estimer que le prélegataire recueillerait encore quelque avantage de son institution. Au contraire son intention à l'égard du fiduciaire gratifié d'un prélegs devait être de le réduire au seul avantage du prélegs, puisqu'il le priait de restituer la part d'hérédité. En partant de cette idée générale, les jurisconsultes se trouvaient sans doute portés à comprendre dans la quarte Pégasienne tout ce que le fiduciaire recueillait soit *jure legati*, soit *jure hereditario*, mais ils n'osèrent point aller si loin : ils se contentèrent de distinguer assez arbitrairement entre le prélegs d'une somme d'argent et le prélegs de tout autre objet ; il leur parut plus facile de considérer la somme tout entière comme recueillie *jure hereditario* que d'accepter

la même fiction quand ils s'agissait d'un fonds prélégué.

Nous avons déjà vu, en parlant de l'objet du prélegs, que la chose d'autrui n'était valablement préléguée que si le testateur avait eu connaissance du vice de la chose. Il en était de même pour la chose hypothéquée. Dès lors les héritiers n'étaient tenus de faire la délivrance au légataire, et s'ils avaient fait la délivrance, de le garantir contre l'éviction, qu'après la preuve fournie par ce dernier que le défunt avait légué en parfaite connaissance ; cette preuve était souvent très difficile et quelquefois impossible à fournir : *Evictis prædiis, quæ pater, qui se dominum esse crediderit, verbis fideicommissi filio reliquit, nulla cum fratribus et coheredibus actio erit* ¹.

Tandis que le légataire n'était que rarement garanti de l'éviction par l'héritier, les cohéritiers se devaient toujours la garantie réciproque de leurs lots, à moins qu'une clause de non-garantie ne fût intervenue dans le partage : *Si familiæ erciscundæ judicio, quo bona paterna inter te ac fratrem tuum æquo jure divisa sunt, nihil super evictione rerum singulis adjudicatarum specialiter inter vos convenit, id est, ut unusquisque eventum rei suscipiat : recte possessionis evictæ detrimentum fratrem et coheredem tuum pro parte agnoscere præses provinciæ per actionem præscriptis verbis compellet* ².

1. Dig. l. 77, par. 8, de legat., 2^o, XXXI.

2. Code, l. 14, Famil. ercisc. III, 36 ; V. aussi l. 66, par. 3, Dig. de evictionibus, XXI, 2.

Supposons donc qu'un père ait institué ses trois fils pour parts égales, et qu'il ait ensuite prélégué à l'un d'eux un fonds de terre dont il se croyait propriétaire. Le partage a lieu, et le prélegataire entre en possession de son prélegs ; il en est ensuite évincé par le véritable propriétaire. Ne pouvant agir en garantie pour toute la partie du prélegs qui grevait la part héréditaire de ses cohéritiers, lui sera-t-il du moins permis d'agir par l'action *præscriptis verbis*, pour obtenir réparation du dommage que lui cause l'éviction portant sur la fraction du prélegs recueillie *jure hereditario* ?

Les textes ne répondent pas à la question ; aussi les commentateurs sont-ils divisés. Quelques-uns d'entre eux estiment que l'éviction portant sur un objet recueilli en partie *jure hereditario*, les cohéritiers du prélegataire doivent, chacun pour un tiers, supporter les conséquences de l'éviction, et fournir chacun au prélegataire un supplément de part équivalent à un neuvième de la valeur totale du fond prélégué¹.

La prétention du prélegataire évincé nous semble, au contraire, absolument inadmissible : le titre de légataire lui fait totalement défaut, puisque le prélegs n'a jamais pu juridiquement exister, manque d'objet ; d'autre part, son titre d'héritier pour part égale à celle de ses cohéritiers ne peut lui servir précisément à rompre cette égalité ; force est donc de refuser

1. Vangerow, t. II, p. 420 ; Arndts et Glück, t. 47, p. 80-82.

au pré légataire toute indemnité à raison de l'éviction qu'il subit. D'ailleurs, en admettant même que le testateur eût connu le vice de la chose léguée, il est toujours certain que le pré légataire aurait dû supporter sans compensation l'éviction du fonds pré légué, pour toute cette fraction du prélegs qui correspondait à sa part héréditaire ; il en doit être de même dans le cas où le testateur a cru léguer un bien qui lui appartenait : la double qualité de créancier de la garantie et de débiteur de la garantie se trouve reposer sur la tête du pré légataire, qui par suite de cette confusion ne peut obtenir aucune réparation du préjudice par lui subi¹.

Ayant ainsi examiné les effets de la règle : *heredi a semetipso legatum dari non potest*, lorsque le pré légataire a fait adition d'hérédité, il nous reste à rechercher ce que devient le prélegs lorsqu'il n'est point fait adition.

II

L'héritier gratifié du prélegs n'a point fait adition

Lorsque l'institué ne fait point adition, on doit distinguer deux hypothèses : ou l'institué n'a point voulu faire adition, il a répudié l'hérédité ; ou l'institué n'a pu faire adition, il a par exemple été surpris

1. Buchholtz, p. 368.

par la mort. Examinons d'abord l'hypothèse de la répudiation de l'hérédité.

I

L'institué qui répudie, préférant ne point s'immiscer dans les affaires de l'hérédité, manque ainsi d'acquiescer la qualité de préléataire, puisqu'il rejette l'un des éléments de cette qualité, le titre d'héritier : conserve-t-il du moins le titre de légataire ? Et s'il le conserve, quelle sera l'étendue de ses droits ?

Les Sabinienens n'hésitaient pas, lorsque le prélegs avait été fait *per præceptionem*, à décider que la répudiation de l'hérédité avait pour effet d'annuler ce prélegs d'une manière absolue. L'institué gratifié d'un prélegs *per præceptionem* ne pouvait que choisir entre ces deux partis : ou prendre la qualité d'héritier, et rendre inutile pour partie le double avantage résultant de l'institution et du prélegs ; ou répudier l'hérédité, et renoncer ainsi aux deux qualités d'héritier et de légataire.

Cette décision, très conforme à l'opinion Sabinienne qui repoussait la validité du legs *per præceptionem* conféré à toute autre personne qu'un héritier, ne lui survécut point. La doctrine Proculienne qui permettait à un *extraneus* de recueillir un legs *per præceptionem*, triompha dès avant la suppression des formules solennelles : une décision de Papinien rapportée dans un

rescrit de l'empereur Gordien ne laisse aucun doute : *Cum responso viri prudentissimi Papiniani, quod precibus insertum est, præceptionis legatum et omissa parte hereditatis vindicari posse declaretur : intelligis desiderio tuo juxta juris formam esse consultum. Verba vero responsi hæc sunt : Filix mater prædium ita legavit : præcipito, sumito extra partem hereditatis : Cum hereditati matris filia renuntiasset, nihilominus eam recte legatum vindicare visum est* ¹.

Les Sabinien, d'ailleurs, comme les autres jurisconsultes, permettaient au prélegataire renonçant de réclamer le bénéfice de son legs, et cela pour le tout, toutes les fois que le testateur avait employé la formule du legs *per vindicationem* ou celle du legs *per damnationem*. Rien n'était plus naturel, en effet, car le légataire en renonçant à l'hérédité, évitait l'application de la règle : *heredi a semetipso legatum dari non potest* ; le prélegs dégénérât en un simple legs, et ce legs ordinaire ne pouvait tomber sous le coup d'une nullité partielle. Ulpien et Julien sont d'accord : *si uni ex heredibus fuerit legatum et si abstinuerit se hereditate, consequi eum hoc legatum posse constat. Et quidem totum legatum petere potest, quamvis a semetipso inutiliter ei legatum fuisset* ².

Le testateur, dont la volonté se serait trouvée méconnue par le prélegataire renonçant, pouvait empê-

1. Code l. 12, de *legatis*, VI, 37.

2. Dig. l. 1. 17, par. 2 et 18 de *legatis*, 1^o, XXX.

cher l'institué de retenir le legs après sa répudiation : il n'avait qu'à insérer dans son legs la condition expresse, *si heres erit*. Plusieurs exemples de testateurs prévoyants nous sont laissés dans les textes : *Si mihi Mævia et Nigidia meæ heredes erunt, tunc Mævia e medio sumito præcipito sibi que habeto fundos meos illum et illum cum casulis*¹, et ailleurs : *Seiæ, ex parte institutæ, si heres erit, fundos per præceptionem dederat instructos cum suis villicis*².

L'institué, quelle que soit sa qualité, même s'il est un *heres suus*, peut conserver le bénéfice du prélegs sans recueillir l'hérédité. Pourtant des doutes auraient pu s'élever sur la quotité que pouvait réclamer malgré son abstention l'*heres suus* : l'*heres suus* en effet n'était-il pas héritier de plein droit et sans qu'il eût à faire adition ? Dès lors le prélegs ne devait-il pas tomber sous le coup de la règle *heredi a semetipso legatum dari non potest*, pour toute la fraction correspondante à la part héréditaire de l'institué ? On élève sans doute cette objection, car nous voyons les jurisconsultes y répondre : *Nam nec emancipatus, hereditate omissa, legatum ab herede petere prohibetur : prætor enim, permittendo his qui in potestate fuerint, abstinere se ab hereditate paterna, manifestum facit, jus se in persona eorum tribuere, quod futurum esset,*

1. Dig. l. 92, pr. de legatis, 3°, XXXII.

2. Dig. l. 20, pr. de instruct. legat., XXXIII, 7.

*si liberum arbitrium adeundæ hereditatis habuissent*¹. Papinien donne la même solution que Julien, et reproche à l'opinion contraire d'être *sententia durissima* : il faut au point de vue qui nous occupe assimiler l'héritier sien qui s'abstient, à l'héritier externe qui répudie, et ne faire entre eux aucune différence, car l'héritier sien a pu pour des motifs très plausibles s'arrêter au parti qu'il a pris, *justis rationibus noluit negotiis hereditariis implicari*². Nous devons d'ailleurs remarquer que la loi 18 de *legatis* I précitée, en posant le principe que le prélegataire peut, l'hérédité omise, réclamer la totalité du prélegs, emploie précisément le mot *abstinere* et non pas seulement le mot *repudiare* : le principe est donc absolument général.

Il ne fléchit, comme on l'a vu plus haut, que devant la condition *si heres erit* : point de difficulté si cette condition a été formellement exprimée par le testateur ; mais que faut-il décider si la condition n'est point expresse, si elle est seulement tacite ? Les Romains, en matière de testament, interprétaient toujours d'une façon très libérale la volonté du disposant, aussi admettaient-ils la subordination du prélegs à la condition tacite, *si heres erit*, pourvu que des indices d'une certitude suffisante indiquassent nettement le désir du testateur : il était naturel, en effet, que le

1. Dig. l. 89, de *legat.*, 1^o, XXX.

2. Digeste, *ibid.* l. 87.

disposant fit dépendre ses libéralités de l'acceptation de l'hérédité par l'institué gratifié.

*Sed si non alias voluit pater habere eum legatum nisi hereditatem retineat, tunc neque adversus coheredem dandam ei legati petitionem secundum Aristonis sententiam constat... et hoc ita est licet non conditionaliter expressisset, intellexisse tamen manifestissime adprobetur*¹.

II

Le pré légataire se trouve dans l'impossibilité de faire adition.

Supposons d'abord, avec Papinien, qu'un pré légataire se trouve dans l'impossibilité juridique de recueillir l'hérédité, quelque désir qu'il puisse avoir de faire adition.

*Pro parte heres institutus, prædii legatum acceperat, et in hereditate non capienti restituendi tacitum ministerium susceperat : quanquam legatum pro ipsius parte non constitisset, ideoque portionem istam pro herede possideret, tamen ei prædium integrum esse reliquendum respondi : neque enim rationem juris, ac possessionis varietatem inducere divisionem voluntatis*².

Pour comprendre le fragment de Papinien, il suffit de se souvenir combien les lois caducaires qui ren-

1. Digeste, *ibid.* 1, 88.

2. Dig. 1, 18, par. 2 *de his quæ ut indignis*, XXXIV, 9.

daient les *cælibes* incapables de recueillir toute hérédité testamentaire, furent, dès l'origine, frappées d'impopularité. Plusieurs moyens furent imaginés pour se soustraire à leurs dispositions vexatoires : c'est ainsi que le testateur choisissait un héritier ou un légataire capable et le priait de restituer au *cælebs* ou à l'*orbus* qu'il désirait gratifier. Ces fidéicommiss tacites furent déclarés nuls et de nul effet, comme conçus *in fraudem legis*. On dut aller plus loin encore : on frappa d'indignité le grevé lui-même, qui subit la confiscation de tout ce qu'il s'était engagé à restituer à l'incapable ; on l'empêcha de retenir la quarte instituée par le sénatus-consulte Pégasien en faveur de l'héritier fiduciaire.

Papinien suppose donc qu'un testateur a gratifié d'un prélegs l'héritier qui doit restituer sa part héréditaire à un *cælebs* incapable : cet héritier ne peut recueillir la part d'hérédité à laquelle il se trouve appelé, et pourtant le jurisconsulte l'autorise, malgré son indignité, à réclamer l'objet du prélegs, à le réclamer en son entier, sans déduction de cette portion du fonds qu'il eût recueilli *jure hereditario*, s'il avait pu faire adition, et qu'il eût restitué au fidéicommissaire en même temps que sa quote-part héréditaire. Le jurisconsulte appuie sa décision sur ce motif qu'une raison de droit pur ne saurait avoir pour résultat de scinder la volonté du testateur, qui a certainement voulu laisser au prélegataire la totalité du fonds prélégué.

Ainsi, nous voyons que, dans les textes du droit droit romain, le prélegataire qui ne peut faire adition par suite de l'indignité dont il est frappé, et le prélegataire qui, volontairement, répudie l'hérédité, sont considérés l'un et l'autre comme des légataires ordinaires : ils peuvent tous les deux conserver l'avantage de leurs prélegs, sans avoir rien à craindre de la règle *heredi a semetipso legatum dari non potest*.

Envisageons maintenant l'hypothèse où le prélegataire vient à mourir avant d'avoir fait adition, et demandons-nous quel va être le sort du prélegs, en supposant toutefois que la *diei cessio* de ce prélegs ait eu lieu avant le décès du prélegataire ; nous nous plaçons donc en dehors du cas où, le prélegs étant conditionnel, la condition serait encore pendante à cette époque.

Il est certain qu'en pareil cas les héritiers du prélegataire ont le droit de demander aux héritiers institués qui ont fait adition, toute la portion du prélegs que leur auteur eût recueillie *jure legati*, s'il eût fait adition ; mais ont-ils le droit de réclamer aussi cette autre portion du prélegs que leur auteur n'eût pu, après l'adition, recueillir que *jure hereditario* ? Cette question est très vivement débattue : pour la trancher, il est indispensable de déterminer exactement le sens et la portée de la règle *heredi a semetipso legari non potest* ; il est nécessaire de fixer d'une manière précise la nature intime du prélegs. Le débat porte sur-

tout sur la loi 75 au Dig. *de legatis* II, loi dans laquelle Papinien déclare que les héritiers du prélegataire n'ont droit qu'à la portion du prélegs qui grevait la part des cohéritiers de ce dernier.

Pro parte heres institutus, cui præceptiones erant relictæ, post diem legatorum cedentem ante aditam hereditatem vita decessit: partem hereditatis ad coheredes substitutos pertinere placuit, præceptionum autem portiones, quæ pro parte coheredum constiterunt, ad heredes ejus transmitti.

L'opposition entre cette loi 75 et les lois 17 et 18 *de legatis* I précitées éclate d'une manière évidente. Si l'on estime que la règle *heredi a semetipso legatum dari non potest* a pour conséquence d'annuler *ab initio* toute la portion du prélegs qui pèse sur la part héréditaire du prélegataire, ne faut-il pas décider alors que le prélegataire qui n'est pas héritier, n'y aura jamais droit, sans distinguer entre le cas où il répudie l'hérédité et le cas où il meurt avant d'avoir pris parti? Admettre que l'institué qui répudie, conserve malgré la nullité initiale la totalité du prélegs, n'est-ce point violer la règle Catonienne? Si l'on estime au contraire que la règle *heredi a semetipso legatum dari non potest* ne peut s'appliquer qu'après l'adition d'hérédité, c'est-à-dire, lorsque le prélegataire cumule effectivement les deux qualités d'héritier et de légataire, ne doit-on pas décider que, toutes les fois qu'il n'y aura pas eu adition effective, soit par suite de ré-

pudiation, soit par suite de mort prématurée, le pré-légataire pourra conserver par devers lui tout l'avantage résultant du prélegs?

Quelle que soit l'opinion qu'on adopte, il faut toujours, semble-t-il, aboutir à une impasse, puisque les textes du droit romain se trouvent, sur le point qui nous occupe, en flagrante contradiction les uns avec les autres. Tel n'est pourtant point notre avis : la non-concordance des textes ne peut nous empêcher de trouver une solution parfaitement acceptable. Il faut avant tout scruter attentivement la nature du prélegs. Des trois opinions qui vont être exposées, nous adoptons sans hésitation la troisième : peu importe la décision singulière de Papinien, nous nous inspirerons pour trancher la difficulté de l'ensemble des règles en la matière.

Dans la première opinion, on considère à la fois le prélegs, comme un legs pur et simple pour toute la partie de ce legs qui grève les parts héréditaires des cohéritiers du pré-légataire, et comme un legs conditionnel, pour toute cette autre partie qui grève la part héréditaire du pré-légataire.

Dans la deuxième opinion, on déclare que le prélegs est bien valable pour toute la partie mise à la charge des héritiers non légataires, mais qu'il est nul *ab initio* pour la partie mise à la charge du pré-légataire lui-même.

Enfin, d'après le troisième système, le prélegs est

valable *ab initio* pour le tout; mais après l'addition, lorsque les deux titres d'héritier et de légataire entrent en conflit dans la même personne, le titre de légataire devient inutile pour partie; il disparaît devant le titre d'héritier, pour toute la portion du prélegs qui correspond à la part héréditaire de l'héritier légataire.

Examinons les arguments fournis en faveur de ces thèses diverses, et voyons comment le débat se rattache précisément au texte précité de Papinien, à la question de savoir si les héritiers du pré légataire ont ou n'ont pas le droit de réclamer la totalité du legs adressé à leur auteur, mort avant d'avoir fait addition d'hérédité.

Premier système.

Il faut dans un legs conféré à un héritier considérer deux parties bien distinctes : la partie correspondant aux parts héréditaires des cohéritiers du gratifié, et la partie correspondant à la propre part héréditaire du pré légataire. Pour la première partie, le legs est pur et simple : le légataire la recueillera donc dans tous les cas *jure legati*, qu'il fasse addition ou qu'il répudie l'hérédité, peu importe ; pour la seconde partie, au contraire, le legs est conditionnel, le légataire ne la recueillera qu'après l'arrivée de la condition *si heres non erit* : s'il répudie, il obtiendra l'objet légué tout entier *jure legati*; s'il fait addition, il fera défaillir la condition, et son droit de légataire se bornera à la

seule fraction du prélegs considérée comme legs pur et simple.

Il serait trop dur, dit-on, d'appliquer immédiatement la règle *heredi a semetipso legari non potest*, avant même que l'impossibilité résultant du concours des deux qualités contradictoires, soit un fait définitivement acquis par l'addition d'hérédité; il faut tenir compte, ajoute-t-on, de l'intention du testateur qui très probablement a voulu laisser à l'héritier renonçant le bénéfice du prélegs tout entier.

En admettant ce point de départ, on peut aisément concilier des textes qui tout-à-l'heure semblaient si peu s'accorder. Lorsque le prélegataire répudie l'hérédité, ou lorsqu'il est frappé d'indignité, personne ne peut contester que la condition tacite *si heres non erit* se trouve pleinement accomplie : rien n'est donc plus naturel ni plus conforme à l'intention du testateur, que de voir les textes donner au prélegataire, qui n'est pas héritier, mais simplement légataire, le droit d'exiger des héritiers institués et acceptants la totalité du prélegs. Ainsi s'expliquent les lois 17 et 18 *de legatis* I, et 18, par. 2 *de his quæ ut indign.* Au contraire, quand le prélegataire meurt avant d'avoir pris parti, la condition qui tient en suspens l'existence partielle du legs; ne s'accomplit qu'après la mort du prélegataire : *la diei cessio* se produit trop tard, et les héritiers du prélegataire ne peuvent demander la délivrance du prélegs que sous déduction de la fraction condition-

nelle de ce legs. C'est ici l'application des principes généraux en matière de conditions : une condition potestative négative n'est réputée accomplie qu'après la mort du légataire, puisque jusqu'à cet instant-là même il y peut contrevenir, et par suite la faire défailir. Telle serait l'explication du fragment de Papinien.

Cette interprétation qui peut s'appuyer sur l'autorité de la Glose ¹ et sur celle de Doneau ², compte aujourd'hui encore de nombreux défenseurs, parmi lesquels il faut surtout citer Vangerow ³.

Vangerow pourtant, bien qu'il arrive aux mêmes conclusions que Doneau, use d'arguments assez personnels pour que nous les examinions rapidement. Il admet, comme les partisans de la deuxième opinion, que le prélegs tombe partiellement sous le coup de la règle *heredi a semetipso legari non potest*, mais il soutient que cette nullité partielle doit disparaître devant la répétition tacite du prélegs, alors affecté de la condition sous-entendue *si heres non erit*. Cette manière de voir ne semble-t-elle pas confirmée par ce fait que les lois 17 et 18 de *legatis* I, qui confèrent au prélegataire renonçant le droit de réclamer la totalité du prélegs, sont immédiatement suivies de la loi 19, qui décide qu'une disposition entachée de nullité peut être confirmée par une répétition : *Legata inutiliter data*

1. Accursius sur cette loi 75, Dig. de *legat.* II.

2. Doneau, *Comment. juris*, liv. 8, chap. 7.

3. Tome II, p. 429-432.

Papinianus putat libro Quæstionum confirmari per repetitionem, postea forte in codicillis factam? Vangerow reprend ensuite le raisonnement de Doneau et donne la même explication de la loi 75.

Des objections très graves à notre avis s'élèvent contre ces interprétations, dont on ne peut cependant contester la valeur. Les partisans de cette première opinion invoquent l'intention probable du testateur, mais nous leur répondons que, s'ils consultent sérieusement cette volonté du disposant, force leur sera de reconnaître que le testateur a voulu dans tous les cas laisser purement et simplement tout l'objet du prélegs au prélegataire, que ce dernier fût adition ou non, qu'il mourût ou non, avant d'avoir pu prendre parti sur l'institution d'héritier. Supposer, comme Vangerow, que le testateur a, pour ainsi dire, étayé le prélegs sur un legs conditionnel, *si heres non fuerit*, ou scinder, comme Doneau, le prélegs en deux parties, dont l'une constituerait un legs pur et simple, et l'autre un legs conditionnel, c'est faire œuvre de jurisconsulte très subtil ; le testateur n'a point dû tant raffiner : il a voulu tout simplement assurer, à celui qu'il instituait pour partie, un avantage particulier, absolument indépendant de l'institution d'hérédité. Si dès lors on veut vraiment satisfaire à ses intentions, il faut dire que toujours le prélegataire conservera son prélegs entier, pourvu qu'il survive au testateur.

On doit de plus faire remarquer que si la condition,

si heres non fuerit, est bien une condition potestative, tout porte à la considérer comme une de ces conditions qu'on peut tenir pour accomplie, même avant la mort du légataire, aux derniers moments de sa vie, *non eo mortuo, sed eo moriente*. — On distingue en effet parmi les conditions potestatives celles que le légataire ne peut plus accomplir, même avant d'avoir rendu le dernier soupir, et celles, au contraire, dont la défaillance n'est certaine qu'après la mort. Comme types de ces deux sortes de conditions, on oppose couramment l'une à l'autre la condition *si Alexandriam pervenerit* et la condition *si centum dederit* : on décide que la première est réputée défaillie (elle serait réputée accomplie si au lieu d'être positive, elle était négative) avant la mort du légataire, dès l'instant où il ne peut plus se mouvoir ; on ne tient la seconde pour défaillie, au contraire, qu'après sa mort, puisque tant qu'il respire, un autre peut donner en son lieu et place. *Si ejusmodi sit conditio, sub qua filius heres institutus sit, ut ultimo vitæ ejus tempore certum sit eam existere non posse, et pendente ea decedat, intestato patri heres erit : velut, si Alexandriam pervenerit, heres esto. Quod si etiam novissimo tempore impleri potest, veluti : si decem Titio dederit, heres esto : contra puto*¹.

Peut-on soutenir, comme le font Doneau et Vange-

1. Dig. l. 5 de *heredibus instituendis*, XXVIII, 5 ; l. 28, de *conditionibus institutionum*, XXVIII, 7.

row, que la condition *si heres non erit* doit être assimilée à la condition *si centum dederit* et non pas à la condition *si Alexandriam pervenerit*? Un texte de Scævola paraît contredire absolument cette manière de voir.

Uxori ex parte sextante heredi institutæ substituit, et heredum fidei commisit, si uxor heres non erit, dotem ei et alia quædam dari; post mortem mariti uxor ante conditionem et priusquam adeat hereditatem decessit. Quæsitum est, an dies fideicommissi cum moritur cessisse videatur: ideoque heredibus ejus debeatur? Respondi, si uxor prius decessit quam hereditatem adiret, videri diem fideicommissi cessisse¹.

Le jurisconsulte statue précisément sur l'hypothèse d'un fidéicommiss (fidéicommiss ou legs peu importe), laissé par un mari à son épouse sous la condition expresse *si heres non erit*, et Scævola décide que, si la femme vient à mourir avant d'avoir pris parti, avant d'avoir pu répudier l'hérédité, ses héritiers auront le droit de réclamer la délivrance du fidéicommiss, dont la *diei cessio* se sera fixée avant la mort de la fidéicommissaire. Ainsi pour Scævola, il va de soi que la condition *si heres non erit* est une de ces conditions potestatives négatives dont l'accomplissement peut se réaliser avant même le décès du légataire, dès le moment où la volonté, où la pensée disparaît chez le moribond. Cette décision n'a rien qui puisse

1. Dig. l. 31, *Quando dies*, XXXVI, 2.

étonner quand on se rappelle qu'à l'époque du droit classique la *cretio*, formule d'addition d'hérédité, consistait en des paroles solennelles, et que jamais l'addition ne put être faite par une autre personne que l'institué lui-même.

Vangerow a contesté l'autorité de Scævola : il a prétendu que l'institution même de l'épouse avait été faite sous condition, que cette condition demeurant encore en suspens au moment de sa mort, il fallait à l'inverse considérer la condition du legs *si heres non erit* comme s'étant réalisée à l'heure même de la mort, *moriente legataria*. Il s'agit ici, dit-il, d'une décision tout à fait exceptionnelle ; c'est seulement parce que la condition de l'institution était encore *in pendenti*, que le jurisconsulte a puregarder la condition du legs comme accomplie du vivant de la légataire.

Nous répondrons à Vangerow que, pour rendre admissible son interprétation de la loi de Scævola, il faut encore étendre le champ des suppositions ; il faut supposer que la condition de l'institution était une de ces conditions potestatives qu'on doit considérer comme défaillies avant même la mort de l'institué ; sinon, d'après l'opinion de Vangerow sur la condition *si heres non erit*, on n'aurait pu tenir cette dernière condition pour accomplie du vivant de la légataire.

Or nous ne trouvons point trace, dans le texte de Scævola, d'une condition potestative affectant l'ins-

titution de l'épouse ; nous ne voyons même pas qu'il y soit question d'une institution conditionnelle : si la *diei cessio* du fidéicommiss doit se placer avant la mort de la fidéicommissaire, c'est uniquement parce qu'aux yeux du jurisconsulte, la condition, *si heres non erit*, doit être regardée comme s'accomplissant *moriente legatario* et non point *mortuo legatario*.

D'ailleurs la décision de Scævola se trouve confirmée par une autre loi, une loi de Julien qui n'est pas moins explicite.

*Cum quidam heredem instituit, quandoque mater ejus decessisset : deinde secundus heres scriptus fuisset, et ab eo legata ei qui sub conditione heres institutus fuisset, relicta essent ; isque viva matre decessisset, postquam dies legati cesserit : quæsitum est, an heredi ejus legata deberentur ? Verius est, legatum heredi deberi, sive pure a substituto legatum datum est primo heredi, sive sub hac conditione, si heres non fuerit : quia moriente eo conditio impletur*¹.

Deux héritiers sont institués, dont l'un purement et simplement et l'autre sous la condition qu'il survive à sa mère. Le second héritier est de plus gratifié d'un legs, qui peut être pur et simple, mais que nous pouvons aussi, puisque le jurisconsulte nous y autorise, supposer affecté de la condition *si heres non erit*. L'institué sous condition vient à mourir du vivant de sa mère : la question est de savoir si ses héritiers ont le

1. Dig. l. 10½, par. 6, *de legatis*, 1º, XXX.

droit de réclamer le legs dont il a été gratifié sous la condition *si heres non erit*. La *diei cessio* du legs, en un mot, a-t-elle eu lieu du vivant du légataire ?

Julien répond affirmativement, parce que la condition *si heres non erit* se trouve accomplie *dum moritur legatarius*, et non pas seulement *postquam mortuus est*. La circonstance que l'institution est faite sous la condition du prédécès de la mère, ne présente aucun intérêt au point de vue qui nous occupe ; la condition *quandoque mater ejus decessisset* est une condition casuelle ordinaire, que le prédécès du légataire peut seul faire défaillir, puisqu'elle peut s'accomplir jusqu'au moment où celui-ci rend le dernier soupir. Si le jurisconsulte tient la condition *si heres non erit* pour accomplie avant la mort du légataire, c'est qu'avant même l'expiration du dernier souffle, il lui devient absolument impossible de faire adition d'hérédité, quand bien même sa mère viendrait à prédécéder, puisqu'il ne peut plus prononcer les paroles de la *cretio*.

Les efforts de Vangerow pour écarter cette loi 104, comme il voulait écarter la loi 31 précitée, ne sauraient triompher. Nous pouvons conclure avec certitude qu'aux yeux des jurisconsultes romains, la condition *si heres non erit* se trouvait accomplie non pas *mortuo legatario*, mais *moriente legatario*. Cette conclusion entraîne fatalement la ruine du premier système sur la nature du prélegs et sur l'interprétation de la loi 75

de Papinien : le prélegs ne peut se décomposer en un legs pur et simple et en un legs conditionnel : il est pur et simple pour le tout ¹.

Deuxième système.

Pour ce deuxième système, l'application normale de la règle *heredi a semetipso legari non potest*, a pour conséquence d'annuler le prélegs jusqu'à concurrence de la fraction correspondant à la part héréditaire de l'héritier gratifié. La nullité se produit dès l'instant où, dans son testament, le disposant a réuni sur la même tête, sur la tête du prélegataire, deux qualités incouciliables, la qualité de légataire et la qualité d'héritier ; la nullité partielle du prélegs ne dépend en aucune façon du parti que prendra plus tard l'institué légataire ; quel que soit ce parti, le droit veut que le prélegs ne soit valable que partiellement. Il est juridiquement impossible qu'une même personne soit à la fois créancière et débitrice envers soi-même d'un même objet : Papinien décide donc à bon droit que les héritiers du prélegataire ne peuvent réclamer aux cohéritiers de leur auteur que la portion du prélegs qui grevait leur propre part héréditaire.

Reste maintenant à justifier les décisions contenues dans les fragments 17 et 18, *de legatis* I, et 18, par. 2, *de his quæ ut indignis*, qui autorisent le prélegataire renonçant ou indigne à demander la totalité

1. Arndts, *op. cit.* p. 90-104.

de ce prélegs dont une partie est frappée de nullité.

Il faut observer, dit-on, que la nullité partielle du prélegs résulte d'une application très-rigoureuse, trop rigoureuse même, de la règle *heredi a semetipso legatum dari non potest* : cette rigueur doit être tempérée par une interprétation bienveillante des dernières volontés du testateur.

Si le testateur avait mis le legs tout entier à la charge des cohéritiers du légataire, le légataire, quoique renonçant à l'hérédité, aurait recueilli la totalité du legs, parce qu'il n'y aurait pas eu combat entre les deux titres d'héritier et de légataire, l'objet légué advenant pour le tout au légataire *jure legati*. Au lieu d'un prélegs improprement dit, le testateur a laissé un véritable prélegs qui grève toute l'hérédité : dans cette seconde hypothèse, l'intention du disposant est aussi libérale à l'égard du pré légataire que dans l'hypothèse précédente ; mais deux qualités incompatibles se rencontrant sur la tête de ce dernier, celle qu'on considère comme plus ancienne l'emporte sur l'autre, la qualité d'héritier absorbe la qualité de légataire : telle est la rigueur du droit. Mais, pour satisfaire à la volonté du défunt, il faut laisser au pré légataire le droit d'opter entre les deux qualités qui lui sont déférées : s'il choisit la qualité de légataire, la nullité partielle du prélegs doit disparaître, et le prélegs revivra tout entier. Ce n'est d'ailleurs là qu'une conséquence de la répudiation de l'hérédité ; par la répudiation, l'institué

devient aussi pleinement étranger à l'hérédité que s'il n'eût jamais été institué ¹.

Lorsque le prélegataire meurt avant d'avoir pris parti, le prélegs n'est point relevé de sa nullité partielle; le prélegataire doit subir la conséquence de sa négligence. Puisqu'il n'a pas opté entre les deux qualités qui s'offraient à lui, ses héritiers ne pourront réclamer que la portion du prélegs qui vaut *jure legati*.

Benigna interpretatione non intelligitur institutus qui omisit... Dixi ne legatarium quidem ipsum posse petere totum inspecto rigore juris civilis... Hic rigor temperatur æquitate interpretationis propter verisimilem testatoris voluntatem. Durum visum est destitui voluntatem defuncti propter subtilitatem nescio quam verborum. Interpretatio autem longius producenda non est quam ut a duritia illa recedatur... de se queri debet, non de legis asperitate, qui voluntatem suam non declaravit et heredibus suis non consuluit ².

Malgré l'habileté de ses défenseurs, il nous paraît impossible d'admettre cette seconde opinion sur la nature du prélegs. Nous reconnaissons avec Buchholtz que la règle Catonienne dont on a voulu faire une arme contre son système ³, n'a que faire ici: cette règle en effet ne prononce la nullité des legs qu'à raison d'obstacles existant au moment de la confection du

1. Buchholtz, pages 187 à 197.

2. Duaren, *ad leg. 18 de legatis I, Opera*, p. 1157.

3. Arndts, *op. cit.* p. 106.

testament, mais susceptibles de disparaître entre ce moment et le jour de la mort du testateur. Or l'obstacle résultant du concours sur la tête du prélegataire de deux qualités inconciliables, existe par le fait même du prélegs; il n'est donc point susceptible de disparaître entre la confection du testament et la mort du testateur. Dès lors la règle Catonienne est absolument désintéressée en matière de prélegs.

Mais si nous ne pouvons opposer à Buchholtz, pour l'empêcher de faire revivre un legs qu'il déclare nul *jure civili*, l'autorité trop étroite de la règle Catonienne, nous pouvons nous prévaloir contre son système d'une règle beaucoup plus générale: *quod initio vitiosum est*, dit la loi 29 *de regulis juris*¹, *non potest tractu temporis convalescere*. Si vraiment le prélegs est frappé dès la confection même du testament d'une nullité partielle, la répudiation du prélegataire ne peut lui rendre sa validité totale; et par là sont rendus inexplicables les textes qui permettent au prélegataire renonçant ou indigne de réclamer la totalité de son prélegs.

C'est donc le fondement même de la deuxième opinion qu'il faut résolument attaquer; elle a tort de proclamer dès le principe la nullité partielle du prélegs.

Quant à l'argument tiré de l'interprétation de la volonté du testateur, il aboutit à un résultat singulier,

1. Dig. 1. 17.

puisque l'institué qui répudie et qui par là se met en opposition manifeste avec la volonté du disposant, se trouve plus favorablement traité que le prélegataire surpris par la mort avant d'avoir pu prendre parti. *Cum multi mortalibus casus soleant contingere, quominus hereditatem adeat, et dum deliberat, inopina morte præcipiatur, convenientius æquitati videtur ut is potius ad heredem totum legatum transmittat, quam qui certo animi indicio honorem sibi a defuncto habitum respuit*¹.

Troisième système.

Le prélegs n'est point frappé *ab initio* d'une nullité partielle ; cette nullité n'apparaît qu'au moment où l'institué prend vraiment le titre de prélegataire, c'est-à-dire au moment même de l'adition². Telle est la véritable signification de la règle : « *heredi a semetipso legatum dari non potest.* » Elle exprime tout simplement l'impossibilité juridique où se trouve le prélegataire d'avoir sur une même chose les droits d'un héritier et ceux d'un légataire ; mais cette impossibilité ne date que du jour où le légataire devient héritier par le fait de l'adition. Les termes mêmes de la règle exigent cette explication, car ils visent expressément la situation de l'héritier et non pas celle de l'institué ; c'est à l'institué devenu héritier par l'acceptation de

1. Papillonius, *de direct. hered. subst.* cap 8 ; Otto, *Thesaurus*, IV, col. 705.

2. Glück et Arndts, *loc. cit.* p. 109 et suiv.

l'hérédité et non pas à l'institué qui délibère que ces termes s'appliquent : *heredi*, et non pas *instituto*, *a semetipso legatum dari non potest*.

Examinons d'autre part l'expression et la forme grammaticale dont se sert le jurisconsulte Julien dans la loi 18 *de legatis* 1^o : *totum legatum petere potest, quamvis a semetipso inutiliter ei legatum fuisset*. Rien dans ces mots ne peut faire supposer que la nullité partielle se soit produite *ab initio* ; Julien laisse entendre, tout au contraire, que la nullité partielle n'aurait existé que si l'addition avait été faite : le prélegataire, dit-il, peut réclamer la totalité de son prélegs, bien que le legs eût été nul pour partie (si lui prélegataire eût fait addition).

Donner un autre sens à la décision de Julien, ce serait lui reprocher bien inutilement une incorrection de langage, car il aurait alors dû s'exprimer ainsi : *quamvis inutiliter legatum fuerit*.

Papinien ¹, lorsqu'il statue sur le prélegs fait à l'héritier indigne et qu'il autorise la retenue du prélegs tout entier, se sert du même conditionnel : *quanquam legatum pro ipsius parte non constitisset, ideoque portionem istam pro herede possideret*.

Si le prélegs ne devient nul pour partie qu'au jour où l'institué légataire fait addition d'hérédité, ne faut-il pas décider alors que les héritiers du prélegataire, si ce dernier vient à mourir avant d'avoir pris

1. *De his quæ ut indign.* XXXIV, IX.

parti, auront le droit de réclamer la totalité du prélegs, sans subir la déduction correspondant à la part héréditaire de leur auteur ? Mais d'autre part, la loi 75 de Papinien décidant le contraire, n'est-ce point la preuve que la troisième opinion sur la nature du prélegs et la portée de la règle *heredi a semetipso legatum dari non potest* est une opinion absolument erronée ?

Il faut bien reconnaître qu'en effet la décision de Papinien ne s'accorde pas avec l'opinion que nous défendons sur la nature du prélegs ; mais nous devons faire remarquer qu'au moins dans notre système, les lois 17 et 18 *de legatis* I, et la loi 18, par. 2, *de his quæ ut indignis*, reçoivent une explication très satisfaisante ; de plus, comme nous pouvons à l'autorité de Papinien opposer celle de Scævola, et montrer ainsi qu'une controverse s'élevait sur le sort du prélegs, quand le prélegataire mourait avant d'avoir fait adition, nous avons le droit de conclure à la justesse de nos explications sur la règle *heredi a semetipso legatum dari non potest*. La décision de Papinien nous prouve seulement que sur l'une des conséquences de cette règle les jurisconsultes romains n'étaient point d'accord : est-ce une raison suffisante pour rejeter celle des trois opinions sur la nature des prélegs qui concilie le plus grand nombre de textes, et qui semble le mieux satisfaire aux principes du droit ?

Scævola, sur la question qui nous occupe, donne la décision suivante :

Sextiam filiam ex quadrante, ex reliquis Seium et Marcium sororis filios scripsit heredes : Sextiam substituit Marcio et Marcium Sextiæ : dedit autem per præceptionem Marcio certas species ; Marcius partem, ex qua scriptus erat omisit : et eo intestato defuncto bona ejus ad fratrem legitimum devoluta sunt : quæsitum est an Sextia ex substitutione etiam hæc, quæ prælegata Marcio erant, jure substitutionis a legitimo herede defuncti sibi vindicare possit ? Respondi secundum ea quæ proponerentur, Sextiam in legatis, quæ Marcix data sunt substitutam non esse¹.

Trois héritiers sont institués : Sextia, Seius et Marcius ; Marcius et Sextia sont réciproquement substitués l'un à l'autre ; Marcius est gratifié d'un prélegs, mais il meurt avant d'avoir pris parti sur l'hérédité. Que vont devenir les objets prélégués ? vont-ils échoir à l'héritier légitime de Marcius ? vont-ils faire retour à Sextia en vertu de la substitution ? Le jurisconsulte décide que la prétention de la substituée n'est point admissible ; dès lors les objets prélégués reviennent à l'héritier légitime de Marcius. Scævola ne divise point le montant du prélegs en deux fractions, dont l'une seulement, la fraction correspondant aux parts héréditaires de Seius et de Sextia, reviendrait à l'héritier de Marcius, et dont l'autre, la fraction corres-

1. Dig. l. 32, de legatis, III.

pondant à la propre part héréditaire de Marcius, appartiendrait à Sextia en vertu de la substitution. Tout le prélegs est déferé à l'héritier de Marcius : c'est donc qu'aux yeux du jurisconsulte Scævola, ce prélegs n'est point frappé de nullité partielle : il ne serait devenu partiellement inutile que si Marcius avait fait adition, ce qu'il n'a point fait.

Pour ruiner l'autorité de cette décision dans la question qui nous occupe, on a prétendu que *hereditatem omisit* devait se traduire par : il répudia l'hérédité ; mais une semblable objection n'est vraiment point sérieuse : *hereditatem omittere* ne signifie point répudier, mais négliger l'hérédité, c'est-à-dire, ne point faire adition ; or celui qui ne fait point adition ne répudie point nécessairement : il diffère, il retarde, et finalement la mort le surprend. Voilà la vraie signification des mots employés par Scævola, voilà vraiment l'hypothèse sur laquelle il statue. Le doute ne peut se présenter qu'à un esprit prévenu.

Résumons cette longue discussion :

La règle *heredi a semetipso legatum dari non potest* ne fait qu'énoncer sous la forme d'un axiome juridique l'impossibilité du concours en une même personne de deux qualités incompatibles : qualité d'héritier, qualité de légataire, qualité de créancier, qualité de débiteur : nul débiteur ne peut être à soi-même son propre créancier ; de même, nul héritier ne peut être à soi-même son propre légataire. Mais l'impossibilité

n'éclate que le jour où ces deux qualités viennent se confondre en la même personne : le créancier, appelé à l'hérédité de son débiteur, ne perd son titre de créancier que le jour où il fait adition ; de même l'ins-titué-légataire ne perd partiellement son titre de légataire, que le jour où il recueille effectivement sa part héréditaire par l'adition d'hérédité.

La règle étant ainsi interprétée, le prélegataire, renonçant ou indigne, a le droit de demander la délivrance de son legs, sans aucune déduction. Lorsqu'il meurt sans avoir pris parti, le même droit passe à ses héritiers.

Au contraire, dès que le prélegataire fait adition, le prélegs tombe sous le coup d'une nullité partielle, qui atteint toute la fraction correspondante à la part héréditaire recueillie par le prélegataire.

CHAPITRE III

DU PRÉLEGS CONFÉRÉ A PLUSIEURS COLÉGATAIRES.

Nous n'avons jusqu'ici considéré le prélegs que lorsqu'il était adressé à un seul des héritiers institués : nous avons vu quelles règles le régissaient soit quant à la forme, soit quant au fond. Il nous reste maintenant à envisager l'hypothèse où plusieurs personnes sont appelées au bénéfice du prélegs, à déterminer la part de chaque colégataire dans le partage des objets prélégués : nous allons voir quels effets va produire ici l'application de la règle *heredi a semetipso legatum dari non potest*.

Tant que le prélegs ne s'est adressé qu'à un seul prélegataire, il n'y a pas eu lieu de se demander ce que devenait la fraction du prélegs frappée de nullité : elle restait tout naturellement entre les mains du prélegataire, mais seulement *jure hereditario* et non plus *jure legati*. Maintenant que des colégataires sont donnés au prélegataire, le droit d'accroissement va

nécessairement s'ouvrir : il faut donc en déterminer les règles. Nous devons distinguer plusieurs hypothèses.

I. Un objet a été légué *per præceptionem* ou *per vindicationem* par le testateur à l'un de ses héritiers institués et à une ou plusieurs autres personnes étrangères à l'hérédité.

*Si duobus res legata sit quorum alter heres institutus sit: a semetipso ei legatum inutiliter videtur: ideoque quod ei a se legatum est, ad collegatarium, pertinebit*¹.

Un testateur a institué deux héritiers chacun pour moitié, Primus et Secundus ; il a légué à Primus et à Tertius le fonds Cornélien. Quels sont les droits respectifs de Primus et de Tertius sur le fonds légué ? Nous devons répondre avec le jurisconsulte, qu'une partie du prélegs conféré à Primus se trouve frappée de nullité, et que cette partie va dès lors accroître à la part de Tertius. Il s'agit de la déterminer. — Il est de principe qu'un legs adressé à plusieurs légataires se divise par portions viriles entre chacun d'eux : Primus et Tertius devraient donc partager par moitié le fonds Cornélien ; mais Primus, héritier pour moitié, ne peut recueillir que la portion du prélegs qui grève la part héréditaire de son cohéritier : il ne peut recueillir cette autre portion qui grève sa propre part héréditaire. La moitié de la moitié étant un quart, c'est seu-

1. Dig. l. 34, par. 11, *de legatis*, 1^o XXX.

lement un quart du fonds Cornélien qui doit revenir à Primus. Tertius, au contraire, obtient d'abord sa moitié, puis le quart que ne peut conserver Primus : il recueille en définitive les trois quarts du prélegs.

Par l'effet de la règle *heredi a semetipso legatum dari non potest*, le partage du fonds prélégué ne se fait donc point par portions viriles entre les deux colégataires, bien que l'intention probable du testateur ait été de les gratifier également l'un et l'autre. Telle est la rigidité d'une règle de droit pur, que les jurisconsultes n'hésitent point à lui sacrifier la volonté du testateur, volonté dont ils ont pourtant l'habitude de recommander si souvent le respect.

Si le legs au lieu de s'adresser à Primus et à Tertius seulement, s'adressait encore à un troisième légataire, à Quartus par exemple, il serait, vis-à-vis de Primus, nul pour $\frac{1}{6}$, c'est-à-dire pour la moitié d'un tiers. Primus ne recueillerait donc du fonds Cornélien que le $\frac{1}{6}$ ou les $\frac{2}{12}$, tandis que Tertius et Quartus obtiendraient chacun $\frac{1}{3}$ d'abord, puis $\frac{1}{12}$, en tout $\frac{5}{12}$.

Heredi a semetipso legatum dari non potest, a coherede potest. Itaque si fundus legatus sit ei qui ex parte dimidia heres institutus sit et duobus extraneis: ad heredem cui legatus est, sexta pars fundi pertinet, quia a se vindicare non potest, a coherede vero semissario, duobus extraneis concurrentibus, non amplius tertia parte; extranei autem et ab ipso herede, cui legatum

*est, semissem, et ab alio herede trientem vindicabunt*¹.

II. Le testateur a institué deux héritiers et il leur a prélégué le fonds Cornélien.

Étant donné que pour chacun des deux copréléga-taires, le prélegs est nul pour toute la fraction correspondant à leur propre part héréditaire, le fonds Cornélien se partagera entre eux dans une proportion exactement inverse à leur part d'institution. Supposons, par exemple, que Primus ait été institué pour un douzième ou une once, et Secundus au contraire pour onze douzièmes ou onze onces. S'ils étaient des colégataires ordinaires, Primus et Secundus prendraient chacun la moitié du fonds Cornélien, mais la règle *heredi a semetipso legatum dari non potest* intervient encore, pour modifier ce partage et le compliquer.

Primus, héritier pour un douzième, voit son legs de la moitié du fonds Cornélien frappé de nullité pour la partie correspondant à son institution, c'est-à-dire, pour un douzième, mais il peut réclamer les onze autres douzièmes de la moitié du fonds, ou les onze vingt-quatrièmes du fonds tout entier à son co-héritier Secundus. Secundus, de son côté, institué pour les onze autres onces, n'a le droit de recueillir que la douzième partie de la moitié du legs, c'est-à-dire, la vingt-quatrième partie du fonds Cornélien.

1. Dig. l. 116, par. 1 *de legatis*, 1^o XXX.

Alors intervient le droit d'accroissement au profit réciproque des deux prélegataires : le $\frac{1}{24}$ qui échappe à Primus accroît à Secundus, qui finalement obtient $\frac{2}{24}$ ou $\frac{1}{12}$ du fonds Cornélien ; les $\frac{11}{24}$ qui échappent à Secundus accroissent à Primus, qui recueille alors les $\frac{22}{24}$ ou les $\frac{11}{12}$ du fonds prélégué.

La part dans le prélegs qui échoit définitivement à chaque prélegataire, se trouve donc dans un rapport exactement inverse avec la part héréditaire dont ils sont respectivement gratifiés.

Inde dicitur : si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim uncis, et eis fundus legatus sit : uncium heredem undecim partes in fundum habiturum : coheredem unciam ¹.

Si les deux prélegataires étaient institués pour parts égales, le prélegs se partagerait tout naturellement en deux parts égales.

Les trois lois précitées prouvent d'une manière irréfutable, qu'au moins dans les trois cas prévus par elles, le prélegs auquel sont appelés plusieurs colégataires ne se partage pas entre eux par portions viriles, comme c'est la règle en matière de legs ordinaires. Pour Ulpien et Florentinus, la règle *heredi a semetipso legatum dari non potest* a pour conséquence inévitable de donner ouverture à un véritable accroissement, puisqu'elle frappe de nullité la portion du

1. Dig. l. 34, par. 12, de *legatis*, 1^o XXX.

prélegs qui grève la part héréditaire respective de chaque institué.

Cette application d'un principe juridique abstrait comporte, on ne saurait le nier, un très-grave inconvénient : elle fait méconnaître le plus souvent l'intention très-probable du testateur, qui sans doute a voulu conférer aux divers prélegataires des droits égaux sur l'objet prélégué. — On s'est donc demandé si les décisions d'Ulpien et de Florentinus devaient être généralisées, ou si, au contraire, l'on ne devait point les considérer comme des décisions exceptionnelles, seulement applicables aux hypothèses qu'elles ont prévues.

Ainsi ¹, pour un assez grand nombre de commentateurs du droit romain, c'est le partage par portions viriles qu'il faut opérer, sans admettre aucun droit d'accroissement :

1° Lorsque plusieurs héritiers ayant été institués, un prélegs leur est conféré conjointement à tous sans exclusion de personne ;

2° Lorsque plusieurs héritiers ayant été institués, le prélegs ne s'adresse qu'à quelques-uns d'entre eux, non à tous ;

3° Enfin lorsque le prélegs est donné en même temps à plusieurs héritiers et à une ou plusieurs personnes non instituées.

Ils s'appuient sur un certain nombre de textes, que

1. V. notamment Buchholtz, *op. cit.* p. 430-435.

nous examinerons en reprenant les unes après les autres les trois hypothèses sur lesquelles porte le débat, et sur ces deux considérations générales : que le partage par portions viriles est seul conforme aux intentions du testateur ; que l'ouverture du droit d'accroissement aurait pour conséquence de multiplier les calculs, et de rendre la fixation des droits des divers légataires beaucoup trop compliquée. Il ne faut donc point, dit-on, considérer les décisions d'Ulpien et de Florentinus comme l'expression du droit commun.

Ce système nous paraît, au contraire, absolument inadmissible : il est en opposition flagrante avec les principes ordinaires du droit d'accroissement, il repose sur l'arbitraire le plus complet.

La règle *heredi a semetipso legatum dari non potest*, a pour conséquence d'empêcher tout prélegataire de recueillir la fraction du prélegs qui correspond à sa propre part héréditaire : pour cette fraction le prélegs est nul ; le droit d'accroissement s'ouvre donc fatalement au profit des colégataires de chaque prélegataire. Sans doute, la réciprocité de l'accroissement complique les calculs du juge de l'action *familiæ eriscundæ*, et rend très-délicate la fixation des droits de chaque partie : mais ces difficultés, qu'on exagère d'ailleurs, ne peuvent faire échec à des principes absolument certains. Les jurisconsultes romains n'ont point statué sur toutes les hypothèses, où des prélegataires pouvaient se trouver en face les uns des au-

tres : mais il nous doit suffire qu'ils aient indiqué dans quelques textes, leur intention d'obéir aux principes généraux, pour généraliser ces textes et les étendre d'une manière conforme au droit commun. Sans doute la volonté du testateur sera souvent méconnue, mais n'est-il point dans les habitudes romaines d'appliquer dans toute leur rigueur les règles du droit, même les plus abstraites, et bien souvent les plus arbitraires ? L'intention du disposant ne doit être largement interprétée dans les testaments, que si cette interprétation libérale ne vient point heurter trop violemment les principes généraux.

Ce n'est d'ailleurs pas seulement sur le point qui nous occupe, que la théorie du prélegs présente quelque chose de singulier et de trop rigide : elle offre partout un aspect bizarre, mais, avouons-le, bien romain, qui peut étonner, si on la compare à notre droit français, mais qu'on ne saurait dissimuler sans faire disparaître en même temps l'intérêt qui s'attache à l'examen de toute théorie purement juridique. Remarquons enfin quels résultats choquants l'on obtiendrait en admettant ici, en proscrivant là, l'ouverture du droit d'accroissement, en faisant prévaloir tantôt la volonté du testateur sur la rigueur du droit, et tantôt la rigueur du droit sur la volonté du testateur.

III. Plusieurs héritiers sont institués, et le prélegs conféré par le testateur s'adresse à tous, sans exclusion de personne.

Pour proscrire l'accroissement que doit entraîner, suivant nous, l'application de la règle *heredi a semet-ipso legatum dari non potest*, nos adversaires opposent le texte suivant de Julien :

*Denique constitit, cum ita legatum fuisset : quisquis mihi heres erit, damnas esto heredi meo decem dari, exæquari omnium heredum partes : eo quod unusquisque et sibi et coheredi suo dari damnas videtur*¹.

Ils font valoir que ce texte suppose évidemment l'inégale institution des divers héritiers, car s'ils étaient tous héritiers pour parts égales, la décision du jurisconsulte n'aurait aucune raison d'être ; elle ne ferait qu'exprimer ce qui ne peut faire doute pour personne. Les héritiers sont donc institués pour des parts inégales, et pourtant ils partagent également entre eux la somme de dix qui leur est préléguée conjointement.

Malgré ces prétentions, nous n'hésitons pas à rejeter cette interprétation de la loi 104, et les déductions qu'on en veut tirer. Il nous semble certain, en effet, que Julien suppose au contraire, que les diverses institutions sont faites pour parts égales, car il déclare *partes heredum exæquari omnes* et non point *partes legatariorum exæquari omnes* : ces *partes heredum* comprennent à la fois et la part de chaque héritier dans l'hérédité et la part de chaque légataire dans le prélegs ; puisqu'elles sont toutes égales, *exæquari omnes*, c'est évidemment parce que sont égales et toutes

1. Dig. l. 104, par. 5, de *legatis* 1^o XXX.

les parts héréditaires et toutes les parts dans le prélegs : si les parts dans le prélegs étaient seules égales, comment les lots définitifs des divers héritiers (*partes omnium heredum*) pourraient-ils donc se trouver tous égaux? La compensation réciproque dont parle Julien prouve d'une manière irréfutable, qu'il applique la règle *heredi a semetipso legatum dari non potest*; nos adversaires sont donc mal venus à prétendre qu'il faut, dans l'hypothèse actuelle, faire abstraction de cette règle. La seule concession que nous leur puissions accorder, est-ce même une concession? c'est que dans l'espèce d'un prélegs fait conjointement *per damnationem*, le droit d'accroissement ne peut s'ouvrir parce que *damnatio partes facit*.

Mais supposons que le fonds Cornélien ait été prélegué *per vindicationem* ou *per præceptionem* à Primus héritier pour moitié, à Secundus et à Tertius héritiers chacun pour un quart, et voyons comment va fonctionner le droit d'accroissement. Sans l'application de la règle *heredi a semetipso legatum dari non potest*, chacun des trois héritiers recueillerait un tiers du fonds prélegué, mais l'effet de la règle est de rendre le prélegs adressé à Primus nul pour moitié, c'est-à-dire pour $\frac{1}{6}$ ou $\frac{2}{12}$ du fonds Cornélien, et les prélegs conférés à Secundus et à Tertius, nuls chacun pour un quart, c'est-à-dire, pour $\frac{1}{12}$ du fonds Cornélien, ensemble pour $\frac{2}{12}$.

Ainsi, avant que nous réglions l'accroissement des

parts défailantes, Primus ne peut réclamer que $\frac{2}{12}$ du fonds Cornélien; Secundus et Tertius ont droit chacun à $\frac{3}{12}$: le prélegs n'est donc point divisé par portions viriles. Réglons maintenant le droit d'accroissement. Les parts défailantes se doivent partager également entre les colégataires du légataire défailant, toutes les fois que le testateur a conféré une vocation égale à chacun de ses légataires : dans l'hypothèse d'un prélegs¹, cette vocation identique existe, et le partage par portions viriles reprend ses droits, dès que la règle *heredi a semetipso legatum dari non potest* se trouve désintéressée.

Les deux douzièmes qui échappent à Primus accroissent donc également à Secundus et à Tertius qui, chacun, reçoivent $\frac{1}{12}$ ou $\frac{2}{24}$; le $\frac{1}{12}$ qui échappe à Secundus accroît, pour parties égales, à Primus et à Tertius, qui reçoivent chacun $\frac{1}{24}$; enfin, le $\frac{1}{12}$ qui échappe à Tertius accroît par moitié à Primus et à Secundus, qui reçoivent l'un et l'autre $\frac{1}{24}$. En définitive, les droits de Primus sur le fonds Cornélien s'élèvent à $\frac{2}{12} + \frac{2}{24} = \frac{6}{24}$; ceux de Secundus et ceux de Tertius à $\frac{3}{12} + \frac{1}{12} + \frac{1}{24} = \frac{9}{24}$.

IV. Plusieurs héritiers sont institués, mais le pré-

1. Vangerow est d'un avis contraire, il estime que dans les prélegs, la vocation du préléataire est en rapport inverse avec sa part héréditaire, et il en conclut que l'accroissement doit avoir lieu *pro portione legati*. Il cite à l'appui, la loi 44, *de legatis*, II; mais cette manière de voir nous semble donner une extension trop grande à la règle : *heredi a semetipso legatum dari non potest*. V. tome II, p. 425.

legs ne s'adresse qu'à quelques-uns d'entre eux.

Ici on nous oppose, pour repousser l'ouverture du droit d'accroissement, l'autorité de Gaius, de Papien et de Scævola¹.

Gaius² déclare que si une même chose est léguée à deux de plusieurs héritiers, institués pour des parts inégales, l'objet du prélegs se doit partager par portions viriles, abstraction faite des parts héréditaires. *Si ex pluribus heredibus, ex disparibus partibus institutis, duobus eadem res legata sit: heredes non pro hereditaria portione, sed pro virili id legatum habere debent.*

Ce texte semble, au premier abord, donner un démenti formel à la thèse que nous essayons d'établir sur le partage de l'objet prélégué, et pourtant l'argument qu'on en tire ne nous semble pas irréfutable. Nous acceptons la décision de Gaius dans tout ce qu'elle n'a point de contraire aux principes généraux, mais nous ne voulons point qu'on s'en serve comme d'une arme contre la théorie de l'accroissement et la règle *heredi a semetipso legatum dari non potest*. Gaius veut indiquer d'une manière brève et saisissante cette vérité juridique, que la vocation au legs ne se doit point mesurer sur la part héréditaire; il déclare que le prélegataire dont la part héréditaire est double, par exemple, de la part de son co-

1. Buchholtz, *op. cit.* p. 374 à 382.

2. D. l. 67, par. 4, de *legatis* 1^o XXX.

prélégataire, n'en doit point conclure que sa vocation au legs soit également double de la vocation au legs de son colégataire : ils reçoivent tous les deux du testateur une vocation identique, ils doivent donc se partager également l'objet du legs. Nous admettons nous aussi, avec Gaius, que la vocation à l'hérédité et la vocation au legs sont choses absolument distinctes : comme lui, nous estimons que le prélegs doit se partager par parts égales, sauf l'application de la règle *heredi a semetipso legatum dari non potest*. Cette restriction, la conciliation de cette règle avec le partage par portions viriles, n'est point indiquée dans le texte du jurisconsulte, mais rien ne prouve que Gaius, parce qu'il ne l'a point indiquée, ait entendu la repousser : il a simplement déclaré que l'inégalité des parts héréditaires ne devait point faire présumer, chez le testateur, l'intention de déterminer des vocations inégales au prélegs ; s'il avait voulu contester l'ouverture du droit d'accroissement, il s'en serait formellement expliqué, car l'habitude est de motiver, d'exprimer nettement tout au moins, une dérogation importante au droit commun.

En reprenant l'exemple donné plus haut, nous supposerons que Primus, institué pour moitié, et Secundus, institué pour un quart, sont seuls gratifiés du fonds Cornélien : le prélegs ne s'adresse pas à Tertius institué pour le dernier quart de l'hérédité.

Avec Gaius nous admettons que Primus et Secun-

us ont reçu une vocation identique au prélegs du fonds Cornélien : leur concours seul les force à partager, et le partage se fait d'abord par portions viriles ; la moitié du fonds devrait donc échoir à Primus, et l'autre moitié revenir à Secundus. Mais c'est alors qu'intervient la règle *heredi a semetipso legatum dari non potest*, pour frapper de nullité partielle le prélegs du fonds Cornélien.

Primus étant héritier pour moitié voit son prélegs annulé pour une fraction correspondant à sa part héréditaire : au lieu de réclamer la moitié du fonds Cornélien, il n'en peut *jure proprio* réclamer que le quart ; de même Secundus, héritier pour un quart, ne doit *jure proprio* recevoir que les trois quarts de son legs, les trois quarts de la moitié du fonds, c'est-à-dire $\frac{3}{8}$. Le quart du fonds Cornélien qui échappe à Primus, accroît alors à Secundus, et le $\frac{1}{8}$ qui échappe à Secundus accroît à Primus : les parts de chaque prélegataire après l'accroissement se trouvent donc ainsi fixées : Primus obtient $\frac{1}{4} + \frac{1}{8} = \frac{3}{8}$; Secundus obtient $\frac{3}{8} + \frac{1}{4} = \frac{5}{8}$.

Le texte de Scævola que nos adversaires font valoir contre l'application du droit d'accroissement, nous paraît facile à expliquer dans notre système : *Pluribus heredibus institutis, in quibus et libertis tribus ex dodrante, eisdem fundos per præceptionem dedit... deinde unius ex his libertis, Otacilii fidei commisit, uti, quidquid ad eum ex hereditate bonisve pervenisset, deductis*

*legatis restituat Titio. Quæsitum est an etiam partes tertias fundorum prælegatorum cum collibertis eidem deducere deberet*¹.

Trois affranchis, dit-on, ont été institués par le testateur ; un prélegs leur a été conféré, et Papinien rapporte qu'un tiers du fonds prélégué appartient à Otacilius : c'est donc que chacun des prélegataires a obtenu un tiers du prélegs. Nouvelle preuve en faveur du partage par portions viriles.

Pour enlever toute valeur à l'argument de nos adversaires, il suffit de remarquer que, très-probablement, les trois affranchis prélegataires étaient institués pour parts égales, chacun pour un quart ; un tiers des fonds prélégués devait donc fatalement revenir à Otacilius, même en appliquant la règle *herede a semetipso legatum dari non potest*, et en donnant ouverture au droit d'accroissement. Otacilius, en effet, héritier pour un quart perdait pour un quart le bénéfice de son prélegs, mais cette perte était exactement compensée par l'accroissement à son profit des fractions du prélegs, qui échappaient également à ses colégataires en vertu de la même règle : *heredi...* Que reste-t-il alors des prétentions de nos adversaires en faveur du partage par portions viriles ?

Pourtant ces prétentions ne désarment pas, et le dernier texte qu'on nous oppose est un texte de Papinien :

1. Dig. l. 78, par. 13, *ad senatus-consultum Trebell.* XXXVI, 1.

*Cum pater, pluribus filiis heredibus institutis, duobus præceptionem bonorum aviæ præter partes hereditarias dedisset : pro partibus coheredum viriles habituros legatarios placuit*¹.

Un père a institué plusieurs de ses fils : à deux d'entre eux il a légué les biens qui lui venaient de sa mère ; le jurisconsulte décide que les deux prélegataires doivent se partager par égales portions la fraction du prélegs qui grève la part héréditaire de leurs cohéritiers. Nos adversaires déduisent de cette décision que Papinien proclame la nécessité du partage par portions viriles entre coprélegataires.

Il suffit de lire la loi de Papinien, pour se rendre immédiatement compte du peu de valeur de l'argument qu'on en tire : nos adversaires font abstraction des mots « *pro partibus coheredum* » ; mais, comme c'est là une manière de raisonner tout arbitraire, force est bien de les rétablir : or les rétablir, c'est réduire l'application du partage par portions viriles à cette seule fraction du prélegs qui grève la part héréditaire des cohéritiers du prélegataire : la décision de Papinien se trouve ainsi concorder très-exactement avec notre procédé de partage.

Primus et Secundus, en effet, quoique institués pour des parts inégales, partagent également la fraction du prélegs qui grève la part héréditaire de Tertius non-prélegataire ; cette fraction est d'un quart.

1. Dig. l. 2, pr. *de instructo vel instrumento legato*, XXXIII, 7.

Primus et Secundus recueillent donc chacun $\frac{1}{8}$ ou la moitié d'un quart ; Primus recueille en outre la fraction du prélegs à lui conféré qui grève la part héréditaire de Secundus, c'est-à-dire, $\frac{1}{8}$, et la fraction du prélegs conféré à Secundus, que Secundus ne peut recueillir *jure legati* en vertu de la règle « *heredi a semetipso...* » soit $\frac{1}{8}$: ensemble $\frac{3}{8}$. De son côté, Secundus ajoute au $\frac{1}{8}$ qu'il réclame de Tertius, la fraction du prélegs à lui conféré qui grève la part héréditaire de Primus, soit $\frac{2}{8}$ et la fraction du prélegs conféré à Primus, que Primus ne peut recueillir *jure legati*, soit encore $\frac{2}{8}$: sa part totale se trouve atteindre les cinq derniers huitièmes du fonds prélegué.

Le partage du prélegs s'opère donc par portions viriles pour toute la fraction qui correspond à la part héréditaire des héritiers non prélegataires, mais il subit nécessairement l'influence de la règle *heredi a semetipso legatum dari non potest*, pour toute cette autre portion du prélegs qui correspond aux parts héréditaires des divers prélegataires : ainsi doivent ce mettre d'accord les décisions de Papinien, d'Ulpien et de Florentinus ; ainsi se conforme à la théorie générale de l'accroissement, la théorie spéciale des prélegs conférés à plusieurs héritiers institués et acceptants.

V. Deux ou plusieurs héritiers ont été institués ; un prélegs a été conféré à deux ou à plusieurs d'entre

eux en même temps qu'à une ou plusieurs personnes étrangères.

Comme il n'existe aucune raison plausible de procéder ici d'une autre manière que dans les hypothèses précédentes, nous partagerons, d'après les mêmes principes, le prélegs adressé à Primus, à Secundus, et à Quartus, légataire étranger à l'hérédité.

Si le partage par portions viriles ne subissait aucune atteinte, chacun des légataires obtiendrait un tiers de l'objet prélégué ; mais, par l'application de la règle *heredi...* etc., le prélegs de Primus est frappé de nullité pour une moitié ; le prélegs de Secundus pour un quart ; seul le legs de Quartus demeure valable en entier. Quartus n'aura donc que profit à recueillir de l'ouverture du droit d'accroissement ; ses colégataires, au contraire, y trouveront à la fois profit et perte. Le résultat définitif sera d'attribuer à Primus $\frac{5}{24}$ du fonds prélégué, à Secundus $-\frac{8}{24}$, et à Quartus $-\frac{11}{24}$.

Les partisans du partage par portions viriles contestent naturellement notre manière de procéder ; mais nous ne nous arrêterions pas à leurs objections, que nous croyons avoir déjà réfutées, s'ils ne nous opposaient un nouveau texte qui certainement, disent-ils, repousse dans l'hypothèse actuelle le partage inégal du prélegs entre les divers prélegataires. Ce texte est de Paul et vise un prélegs dont l'objet est un usufruit.

*Si quis Attio et heredibus suis usumfructum legaverit, dimidiam Attius, dimidiam heredes habebunt. Quod si ita scriptum sit: Attio et Scio, cum heredibus meis, tres partes fient: ut unam habeant heredes, tertiam Attius, tertiam Seius. Nec enim interest ita legetur, illi et illi et cum Mævio: an ita, illi et illi et Mævio*¹.

Puisque dans la première hypothèse le partage se fait par moitié entre Attius et les héritiers ; dans la deuxième, par tiers entre Attius, Seius et les héritiers du testateur, nul doute ne peut exister, prétendent nos adversaires : le prélegs conféré à plusieurs héritiers et à une personne étrangère doit se partager par portions viriles.

Nous repoussons absolument la déduction si peu logique qu'on prétend tirer de la loi de Paul ; le jurisconsulte décide seulement, par interprétation de la volonté du testateur, que les héritiers doivent être considérés comme des légataires conjoints soit d'une moitié soit d'un tiers de l'objet prélegué ; leur nombre est indifférent, ils ne peuvent recueillir ensemble que la fraction du prélegs qui leur est adressée. Le partage de cette fraction entre les divers héritiers, d'ailleurs, ne préoccupe point le jurisconsulte, et doit par conséquent s'opérer d'après les règles ordinaires, c'est-à-dire, en tenant compte du droit d'accroissement qui s'ouvre par l'effet de la règle *heredi a semetipso lega-*

1. Dig. l. 7, de usufructu ad crescendo, VII, 3.

tum dari non potest. Si l'ouverture du droit d'accroissement ne modifie point la part attribuée soit à Attius, soit à Scius, c'est que l'accroissement leur doit être à tous les deux absolument indifférent ; ils n'ont point reçu vocation à la part défailante de l'un ou de l'autre des prélegataires, car ces prélegataires sont, pour ainsi dire, substitués les uns aux autres quant au prélegs dont ils sont gratifiés.

Cette explication du fragment de Paul nous semble être la seule explication possible : dans l'esprit du testateur, les héritiers, lorsqu'ils sont collectivement désignés, ne doivent compter que pour une tête ; la fraction du prélegs se subdivise ensuite entre les divers prélegataires, sans que la subdivision puisse en aucune manière intéresser les colégataires étrangers. On comprend aisément que tout autre serait la décision du jurisconsulte, si le prélegs avait été conféré séparément à chacun des héritiers et aux divers légataires étrangers.

Si nos adversaires ne veulent point reconnaître que telle est exactement la portée de la loi précitée, il leur deviendra impossible de nous expliquer pourquoi le jurisconsulte Paul n'ordonne point le partage par portions viriles entre chacun des légataires étrangers et chacun des prélegataires. La loi qu'ils ont le tort d'invoquer, ne leur est donc d'aucun secours : ils devraient dès lors reconnaître qu'en l'absence d'aucun texte formel, le plus sage est de supposer que les ju-

jurisconsultes romains appliquaient purement et simplement les règles ordinaires, le droit commun : en principe sans doute, le prélegs se partageait également entre chacun des bénéficiaires, mais l'influence de la règle *heredi a semetipso legatum dari non potest* se faisait immédiatement sentir. Cette règle, il est vrai, venait s'opposer au nom d'une théorie de droit pur à l'exécution de la volonté du testateur ; mais rien n'indique que les Romains en aient voulu corriger les funestes effets. Respectons-la, comme eux-mêmes la respectaient.

En terminant ces pages qui pour quelques-uns peut-être ne manqueront point d'intérêt, nous donnons pour excuse à ceux qui nous reprocheront de nous être trop attardés sur un sujet si ardu, la curiosité qui nous a poussé à fouiller une théorie bien romaine. Les jurisconsultes romains aimaient en effet les règles de droit pur, les règles trop juridiques ; nous les avons suivis, mais nous reconnaissons volontiers qu'ils ont commis quelque excès de logique dans la théorie des prélegs.

DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE

SUR

LES LIBÉRALITÉS PRÉCIPUTAIRES

CHAPITRE PREMIER

APERÇU HISTORIQUE

On appelle libéralités préciputaires les libéralités qu'un disposant confère à l'un de ses héritiers présomptifs et que l'héritier conserve ou recueille en sus de sa part héréditaire. On les oppose aux libéralités qu'un disposant confère à l'un de ses héritiers présomptifs, et que l'héritier doit précompter dans sa part héréditaire, aux libéralités rapportables. Les libéralités préciputaires impliquent donc toujours l'idée d'un avantage définitif accordé par le donataire à l'un de ses héritiers, comme elles supposent toujours, chez la personne avantagée, la réunion de deux qualités : la qualité de donataire ou de légataire et la qualité d'héritier.

I

Dans l'ancien droit romain, l'organisation de la famille et les règles de la succession *ab intestat* rendaient irréalisable, en ligne directe descendante, la réunion sur la même tête des deux qualités de donataire et d'héritier. D'une part, en effet, les enfants en puissance n'avaient point la capacité d'acquérir en leur propre nom et pour leur propre compte; tout ce qu'ils acquéraient à titre onéreux ou à titre gratuit devenait la propriété du chef de famille : une donation du père à son fils était donc juridiquement impossible. La loi successorale d'autre part, n'appelait à l'hérédité du père que les enfants restés en sa puissance et que sa mort rendait *sui juris*; les enfants émancipés, sortis de la famille, n'avaient aucun droit à la succession de leur père. L'émancipé, capable d'acquérir, capable de recevoir une libéralité de l'émancipant, ne pouvait donc hériter, tandis que les enfants en puissance, les *sui*, incapables d'acquérir, si ce n'est pour leur père, incapables d'en recevoir une libéralité entre-vifs, prenaient seuls part à sa succession.

Mais le préteur va bientôt élargir ce cercle trop étroit de l'ancienne famille romaine; à l'enfant émancipé, que le droit civil tenait rigoureusement en dehors de l'hérédité paternelle, il accorde la *bonorum possessio unde liberi* et le droit de venir au partage: cette

innovation considérable amène cette autre innovation, la *collatio bonorum*. Pour éviter que les enfants en puissance soient trop gravement lésés par le concours de leurs frères ou sœurs émancipés, le prêteur ordonne à ces derniers d'apporter à la masse commune tout ce dont ils auraient enrichi le patrimoine du père, s'ils n'étaient point sortis de la famille. Cette indemnité, car il s'agit d'une véritable indemnité, n'est due par les émancipés qu'à leurs frères en puissance ; si donc la *bonorum possessio* n'est déférée qu'à des émancipés, point de *collatio* ; si elle est à la fois déférée à des *sui* et à plusieurs émancipés, ces derniers, sans se rapporter entre eux, ne rapportent qu'aux *sui*.

Comme l'indemnité doit être adéquate au dommage qu'elle a pour but de prévenir ou de réparer, la *collatio* doit primitivement comprendre tous les biens acquis par les émancipés, quelle qu'ait été la cause de l'acquisition ; les enfants en puissance, eux, n'ont rien pu s'approprier de ce qu'ils ont apporté au patrimoine commun ; leurs gains, les libéralités que des étrangers leur ont peut-être conférées, tout a grossi ce patrimoine. Que l'émancipé rapporte donc les produits de son industrie personnelle, les libéralités étrangères et les libéralités paternelles. Depuis le jour en effet, où l'émancipé put, au moyen de la *bonorum possessio*, venir prendre sa part dans les biens laissés par son père, le concours sur la même

tête des deux qualités de donataire et d'héritier prétorien était devenu possible, mais les libéralités que l'émancipé tenait de son père, ne devaient pas plus que toutes ses autres acquisitions, échapper à la *collatio bonorum*.

On voit quelle différence sépare la *collatio bonorum* primitive et la théorie du rapport dans le droit français ancien ou moderne ; mais si la différence est grande, elle n'est pas essentielle, elle a pour cause unique l'organisation de la famille romaine, où le père seul est propriétaire. Les deux théories n'entendent pas moins vers le même but, assurer l'égalité dans les successions légitimes, aussi vont-elles se rapprocher sans cesse, à mesure que grandira chez le fils de famille la capacité d'acquérir. Plus cette capacité grandira en effet, et plus se restreindra pour l'émancipé l'obligation de rapporter.

A partir du règne d'Auguste ¹, le fils de famille, bien qu'il reste en puissance, obtient la libre disposition de son pécule castrense, c'est-à-dire, de tous les biens acquis par lui au service du Prince en qualité de militaire : part dans le butin, produit de la solde, libéralités des chefs. A la mort du père, ce pécule au lieu de faire partie de l'hérédité paternelle, demeure entre les mains du fils devenu *sui juris*. L'émancipé qui demande la *bonorum possessio*, et qui lui aussi peut avoir des *bona castrensia*, n'est plus

1. Institutes, II, 42, pr.

tenu dès lors de comprendre ces biens dans la *collatio*; car s'il fût resté en puissance, il les pourrait néanmoins distraire de la masse héréditaire, comme le font ses frères héritiers siens.

Sous le règne de Constantin ¹, la création du pécule *quasi-castrense*, en augmentant encore le droit de propriété du *suus*, restreint d'autant et par un effet inverse, l'obligation de rapporter qui incombe à l'émancipé *bonorum possessor*. Enfin, lorsque le fils de famille devient seul maître de ses *bona adventitia* qui, ne comprenant d'abord que les biens recueillis par l'enfant à titre d'héritier testamentaire ou légitime de sa mère, s'étendent ensuite à tous les biens provenant à titre gratuit de la mère ou des ascendants maternels, et finalement à tous les biens que l'enfant ne tient pas de la générosité de son père, l'émancipé de son côté, ne se trouve plus astreint qu'au rapport des biens dont son père l'a gratifié, de la dot, s'il s'agit d'une fille, de la *donatio propter nuptias*, s'il s'agit d'un fils ². C'est la transformation naturelle, fatale, de la *collatio bonorum* en la théorie du rapport, tel que nous le comprenons aujourd'hui.

Le préteur n'exigeait le rapport que des seuls émancipés. Aussi jusqu'à l'empereur Antonin le Pieux, la fille dotée et restée en puissance de son père ne devait-elle point imputer sa dot sur sa part héréditaire.

1. Code XII, 31, l. unique; Dig. l. 1, 45 *de collat.* XXXVII, 6.

2. Code, II, 20 et 21, *de collat.* VI, 20.

ditaire. Tant que le mariage avec *conventio in manum mariti* fut à Rome l'union la plus fréquente, il n'y eut pas lieu de considérer la dot comme constituant en faveur de la fille un avantage véritable, car en passant sous la puissance de son époux, elle sortait de sa famille naturelle, et perdait ainsi tout droit à la succession de son père. Si, plus tard, elle put en vertu des innovations prétoriennes, réclamer la *bonorum possessio unde liberi*, elle dut comme les autres émancipés, se soumettre à la *collatio bonorum* : l'égalité n'était donc en aucune façon rompue en sa faveur. Mais l'usage de la *conventio in manum* ne tarda pas à devenir moins fréquent : très-souvent la fille en se mariant, restait comme par le passé dans la famille paternelle : il en résultait pour elle le droit de venir au partage de la succession de son père comme les autres enfants en puissance, et de conserver avec sa part héréditaire, le droit éventuel à la restitution de sa dot au jour de la dissolution du mariage par le décès de son époux. Antonin le Pieux, jugeant cet avantage exorbitant, ordonna à la fille *in potestate* de rapporter aux *sui* sa dot profectice et même sa dot adventice. La jurisprudence étendit encore cette décision si équitable : les émancipés eurent le droit de demander la *collatio* de la dot fournie par le père de famille. Quant à l'obligation de rapporter aux *sui* la dot adventice, elle disparut, dès que le fils de famille fut considéré comme propriétaire de ses biens adventices.

Pour consommer les réformes successives de la *collatio bonorum*, Justinien décide que dans toute succession légitime échue à des descendants quelconques, émancipés ou non, chacun doit rapporter les biens qu'il a reçus du défunt, notamment la dot et la donation *propter nuptias* (Code, l. 20 de Coll.).

Ainsi, jusque dans le dernier état du droit romain, les donations préciputaires, c'est-à-dire, non sujettes à la *collatio*, sont inconnues dans les successions *ab intestat* en ligne directe descendante : toutes les libéralités reçues du défunt par l'héritier présomptif doivent être par lui rapportées à ses cohéritiers au jour de l'ouverture de la succession. La *collatio bonorum*, au contraire, n'a jamais lieu en ligne directe ascendante, ni en ligne collatérale : l'héritier conserve les libéralités qu'il tient du défunt, et figure au partage avec les mêmes droits que ses cohéritiers non donataires.

Jusqu'à Justinien la théorie du rapport demeura complètement étrangère aux successions testamentaires. Le père, en faisant son testament, avait lui-même réglé la dévolution de son hérédité ; il avait librement désigné ses héritiers et leur avait à son gré assigné des parts égales ou inégales. Le préteur n'avait donc que le droit d'examiner si le testateur avait respecté les règles de l'institution et de l'exhérédation, si chacun des légitimaires avait reçu sa légitime. Le père appelait-il à son hérédité un enfant déjà gratifié d'une dot ou d'une donation *ante nuptias*,

l'enfant conservait son avantage et recueillait sa part héréditaire; l'enfant dans le testament recevait-il outre le bénéfice de l'institution, le bénéfice d'un legs ou d'un fidéicommis, le legs et le fidéicommis s'ajoutaient à la part héréditaire. La libéralité entre-vifs n'était rapportable que si le testateur ordonnait le rapport; le legs et le fidéicommis excluaient d'eux-mêmes toute idée d'imputation sur la part héréditaire.

Justinien, en l'année 539, introduit dans les successions testamentaires la théorie de la *collatio bonorum*, et motive ainsi son innovation : le testateur au milieu des angoisses de la mort, peut oublier qu'une dot ou une *donatio propter nuptias* a été par lui conférée à l'un de ceux qu'il institue héritiers; son désir d'accorder un double avantage à la même personne n'apparaît pas d'une manière assez certaine; que le donataire rapporte donc, toutes les fois que le testateur n'a pas expressément déclaré que la *collatio bonorum* ne devrait pas avoir lieu. (Nov. 18, c. 6.)

La Nouvelle d'ailleurs ne parle point des libéralités par acte de dernière volonté. Les legs adressés par le testateur à l'un de ses héritiers continuent donc à être par lui recueillis en sus de sa part héréditaire : ce sont des libéralités préciputaires; les dots, au contraire, et les donations *propter nuptias* doivent, pour constituer des libéralités préciputaires, contenir la clause expresse de dispense de rapport.

II.

Les lois romaines, en pénétrant dans le Midi des Gaules, devaient y pousser des racines profondes ; aussi les pays de droit écrit conservent-ils en France les règles du droit romain : les recueils rédigés par les rois barbares à l'usage de leurs sujets Gaillo-Romains, le Papien, l'Edit de Théodoric, en accordant au père de famille le droit de disposer comme à Rome des trois quarts de ses biens, lui laissaient la liberté de conférer à l'un de ses héritiers tel avantage qu'il lui plaisait. La seule limite imposée à la liberté testamentaire, était l'obligation pour le père de laisser au moins sa légitime à chacun des enfants non avantagés.

Après la renaissance du droit romain, la législation de Justinien sur les successions régit directement les provinces de droit écrit, et la Nouvelle 18, qui consacrait les dernières transformations de la *collatio bonorum* en la théorie moderne du rapport, s'y appliqua dans toutes ses dispositions. « Les enfants ne peuvent pas prendre leur part dans la succession de leur père ou mère, qu'ils ne rapportent dans la masse des biens les donations soit en faveur de mariage, ou autres donations entre-vifs, et les dots qu'ils peuvent en avoir reçues, comme le tout étant censé leur avoir été donné en avancement d'hoirie. Ces rapports dans l'ancien

droit n'avaient lieu qu'en la succession *ab intestat*, et non dans le testamentaire, à moins que le testateur ne l'eût expressément ordonné; mais par le droit nouveau, il a lieu non seulement lorsqu'on veut prendre part en la succession *ab intestat*, mais encore en la succession testamentaire, c'est-à-dire, entre des cohéritiers à titre universel institués par un testament et dans les cas auxquels il aurait lieu *ab intestat*, sinon que le testateur ait expressément dispensé du rapport¹. »

Ainsi fallait-il distinguer entre les donations entre-vifs : celles-là seulement que les ascendants avaient pu faire par préciput et avantage, étaient dispensées du rapport; on présumait, quant aux autres, que le donateur n'avait pas eu l'intention d'en gratifier le donataire en sus de sa part héréditaire.

« Ce rapport d'ailleurs n'a pas lieu entre les étrangers ou non descendants institués héritiers, ni même entre les ascendants qui succèdent à leurs descendants, ni entre les collatéraux². »

Quant aux qualités de légataire et d'héritier, elles étaient parfaitement compatibles. Au quinzième siècle, Bouteiller³ déclarait « qu'il n'est pas défendu par la loi écrite que aucun ne puisse bien être aumonier et parchonnier d'aucune chose, combien que maintes coutumes soient à ce contraire. »

1. Serres, *Inst. du droit français*, liv. III, tit. 1, p. 282 et 283.

2. *Ibid.*

3. *Somme rurale*, tit. CIII.

Le legs adressé à l'institué constituait un avantage précipitaire, sans qu'il y eût besoin de la part du testateur d'aucune dispense de rapport, d'aucune clause de préciput et hors part. Lebrun et Ricard étaient pourtant d'un avis contraire. « Il est certain, disait Lebrun, qu'aux termes de la Nouvelle 18, chap. VI, le rapport et l'incompatibilité des qualités de donataire et légataire et héritier ne sont établis que pour la ligne directe, et non point pour la collatérale; encore je ne trouve comprise dans cette loi que la seule ligne descendante et non point l'ascendante. C'est pourquoi je ne crois point ces qualités incompatibles dans la ligne ascendante aux termes du droit. Le prélegs faisait même exception dans la descendante pourvu que le père l'eût ordonné : *expressim designaverit ipse se velle non fieri collationem*, dit cette Nouvelle, chap. VI. Voilà où étaient réduits dans le droit les rapports et les incompatibilités des qualités ¹. » Ricard partageait la même opinion sur la prétendue incompatibilité des qualités de légataire et d'héritier en ligne directe descendante. « Pour ce qui est du droit romain, après avoir longtemps varié sur la matière, il demeure présentement établi par la Nouvelle 18 de l'Empereur Justinien, que les descendants ne peuvent pas avoir conjointement la qualité d'héritier et de légataire, ou donataire de leurs ascendants, et que, dès lors qu'ils ont accepté la succession soit testamentaire ou *ab intestat*,

1. Lebrun, *Successions*, l. III, chap. VII, n° 2.

ils sont obligés de rapporter à la masse ce qu'ils ont reçu de la libéralité du défunt, si ce n'est qu'il ait expressément témoigné qu'il entendait, que quelqu'un de ses héritiers conservât par forme de préciput et de prélegs les avantages particuliers. *Ex testamento et ab intestato cessat dotis et aliorum datorum collatio, ita demum, si parens hoc designavit expressim.*¹ ».

Ricard et Lebrun ont l'un et l'autre donné aux dispositions de Justinien une extension qu'elles ne comportaient point : la Novelle 18 ne concernait point les legs adressés par le testateur à l'un de ses héritiers, mais seulement les avantages entre-vifs accordés par le père à ses enfants. La Novelle ordonnait simplement que ces avantages fussent conférés par préciput ou hors part ; sinon, elle forçait les donataires héritiers à les rapporter, car telle devait être l'intention du donateur qui n'avait point formellement écarté l'obligation de comprendre dans la *collatio* la totalité des biens donnés. Quant aux legs adressés par le testateur à ses héritiers, ils constituaient de plein droit des prélegs, et pouvaient être recueillis par les légataires en sus de leur part héréditaire, sans que le testateur eût besoin d'autoriser formellement ce cumul : l'intention du disposant ressortait bien suffisamment de la juxtaposition dans son testament des deux dispositions : le legs et l'institution d'héritier.

Il est certain d'ailleurs, malgré l'opinion erronée

1. Ricard, *Donations*, I, r.º 640.

de Ricard et de Lebrun, que les qualités de légataire et d'héritier ont toujours été compatibles dans les provinces de droit écrit. Un père y put toujours avantager par testament l'un de ses enfants : sa liberté n'était restreinte que par le droit de ses autres enfants à leur légitime. De nombreuses coutumes se montraient même particulièrement favorables aux dispositions préciputaires, notamment la coutume de Toulouse, qui laissait au père de famille le droit de disposer librement de son patrimoine, pourvu que les enfants non avantagés recueillissent la somme dérisoire de cinq sous toulousains. Le Parlement de Toulouse essaya de réagir contre cette liberté excessive, en accordant aux enfants dépouillés au profit de leur frère, l'action en complément de la légitime, et l'ordonnance sur les Testaments, de 1735, consacra les innovations réglementaires du Parlement.

La coutume de Montpellier se contentait également d'un legs, si modique fût-il, adressé par le testateur à ses enfants non avantagés.

La coutume de Bordeaux se montrait plus équitable. « Le père pourra disposer à son plaisir des biens tant acquêts qu'héritages, à l'un des enfants, pourvu qu'il laisse la légitime aux autres enfants. » Quant à la mère, elle ne pouvait point, d'après l'ancienne coutume, distribuer inégalement ses biens entre ses enfants : la nouvelle coutume lui fixa le tiers de sa fortune, comme maximum de ses libéralités précipu-

taires : « Et la mère pourra avantager du tiers de ses biens un ou plusieurs de ses enfants, mais ne pourra laisser ledit tiers à un étranger, quand aura enfans ¹. »

De toutes les coutumes du Midi de la France, qui sont d'accord pour laisser au père de famille le droit de faire à son gré la répartition inégale de son patrimoine entre ses enfants, la seule coutume de Mont-de-Marsan prescrit l'égalité : « Ne peut le père avantager l'un fils plus que l'autre par testament ni autrement ès-biens avitins ². »

III

Si nous recherchons dans les lois barbares quelque trace des avantages qu'un père pouvait conférer à l'un de ses enfants, nous ne trouvons que des renseignements assez rares. Cette rareté n'a rien qui doive étonner, car à une époque où le testament était à peine connu, les libéralités par acte de dernière volonté étaient peu en usage. Néanmoins, quelques textes épars dans ces lois laissent apercevoir que parfois un père avait à cœur d'augmenter, de grossir la part de l'un de ses enfants. Si de pareilles libéralités étaient faites entre-vifs, l'enfant avantagé les conservait sans être jamais contraint, à la mort de son père, de venir les remettre en commun, pour compléter les

1. Coutume de Bordeaux, art. 63 et 77. Comp. Boissonade, réserve héréditaire, p. 337.

2. Coutume de Mont-de-Marsan, titre des *Successions*, art. 7.

parts afférentes à ses frères ; si elles résultaient de dispositions de dernière volonté, le bénéficiaire les recueillait en sus de sa part héréditaire.

La loi des Wisigoths reconnaît au père et à la mère le droit de répartir inégalement leurs biens entre leurs enfants. Comme cette loi est une de celles qui ont le plus subi l'influence du droit romain et du droit canonique, ces avantages devaient être assez fréquents : le testament y fonctionnait d'ailleurs à peu près comme dans la législation romaine ; mais à la liberté laissée aux parents, la loi apporte une limite très sage, en déclarant que les libéralités préciputaires ne pourront jamais dépasser le tiers de la fortune du disposant : *Pater aut mater, avus aut avia, quibus quempiam filiorum vel nepotum meliorandi voluntas est, hanc servant omnino mensuram, ut super tertiam partem rerum suarum meliorandis filiis aut filiabus, vel nepotibus atque nepotibus, ex omnibus rebus suis amplius nihil impendant, neque facultatem suam ex omnibus in extraneam personam transducant, nisi fortasse provenerit eos legitimos filios nec nepotes non habere superstites*¹.

Les lois lombardes s'occupent également des libéralités avantageuses qui peuvent être faites à des descendants ; elles permettent à l'un des fils de recevoir une seconde part d'enfant, et, bien que le testament n'y soit pas nommé, tout porte à croire que ces libé-

1. Loi des Wisigoths, liv. IV, tit. v, par. 4 ; dans Walter, t. Ier, p. 505.

ralités pouvaient aussi bien résulter d'un acte de dernière volonté que d'une donation entre-vifs.

*Siquis Langobardus voluerit in filiis suis sibi bene servientibus aliquid largiri, habeat licentiam in hoc modo: ut si fuerint duo filii, tertiam partem substantiæ suæ possit meliorare eum, qui ei bene et secundum Deo obediens fuerit et servierit; et si tres fuerint, habeat licentiam quartam partem meliorare quem voluerit, etc.*¹.

L'influence romaine en ces matières est incoutestable; les barbares vainqueurs n'ont pu vivre au milieu de ces populations que continuaient à régir les principes du droit Romain, sans lui emprunter quelques unes de ses institutions: c'est ainsi que le testament, inconnu des Germains, commence à se généraliser et vient rompre l'égalité qui primitivement régnait entre tous les héritiers. Mais cette influence diminue à mesure qu'on remonte vers le Nord. Dans la loi Salique qui ne connaît point le testament, rien n'indique que le père ait eu le droit de choisir entre ses enfants un héritier préféré. Il y est néanmoins question d'une sorte de préciput légal. La fille qui recevait de son père quelque présent à l'époque de son mariage, était autorisée à conserver cet avantage en outre de sa part héréditaire; mais ce don était sans doute de bien minime importance, car la loi le met sur le même rang et le dispense du rapport au même titre que le

1. Loi de Luitprand, liv. VI, chap. 60, dans Walter, I, p. 804.

présent fait au fils dans la fête de famille que l'on appelait la première coupe de cheveux.

*Si quis pater aut parentella, quando filia sua ad marito donat, quantum ei in nocte illa quamlibet rem donavit, totam extra partem in contra fratres suos vindicet. Similiter quando filius suus ad capillatorias facit, quidquid ei donavit fuerit, extra partem hoc temptat, et reliquas res æquali ordine inter se dividant*¹.

La loi des Francs Ripuaires, au contraire, prévoit formellement le cas où un père voudrait avantager spécialement l'un de ses descendants, et elle lui défend d'élever cet avantage au-dessus de douze sous, probablement douze sous d'or; sinon le droit du disposant serait vraiment dérisoire :

*Filiis aut filiabus super duodecim solidos uni plus quam alteri nihil condonare vel conscribere permittimus. Quod si quis fecerit, irritum habeatur*².

Malgré le silence de la loi salique sur les libéralités préciputaires, ces libéralités furent néanmoins très fréquentes chez les Francs; nous en trouvons l'usage souvent constaté dans les recueils de Formules. Tantôt c'est un père qui veut assurer dès maintenant et pour toujours une part avantageuse à l'un de ses enfants, tantôt c'est un aïeul qui confère les mêmes avantages à quelqu'un de ses petits-fils : toujours la volonté, chez le disposant, d'assurer au donataire une libéralité ab-

1. Loi Salique, *capita extravagantia*, titre XIV, éd. Pardessus.

2. Loi des Francs-Ripuaires, tit. 59, art. 9, dans Valter, t. I. p. 183.

solument irrévocable, se manifeste clairement : les frères du donataire ne pourront jamais, à la mort de leur père réclamer contre lui; le donateur a même quelquefois la précaution de prononcer à titre de peine, une amende contre celui de ses héritiers qui viendrait troubler le précipitaire dans la paisible possession des biens à lui donnés. Le plus souvent le disposant motive l'avantage qu'il confère à son héritier; presque toujours la libéralité a pour cause la reconnaissance du père envers l'un de ses enfants qui l'a soigné avec dévouement, qui a prodigué des soins à sa vieillesse.

Dulcissimo atque in omnibus amantissimo filio meo illo ille. Ammonuit mihi amor et dulcitus tua, et ex alia parte tu quotidie mihi non cessas deservire et in bono impendas effectum; propterea mihi præpatuit plenissima voluntas ut aliquid de hereditibus propriis meis extra consortium germanus tuos tibi concedere deberem, quod ita feci. Propterea cedo tibi post meum quoque discessum de hac luce, cessumque in perpetuum esse volo... Si ego ipse, aut ullus de hereditibus meis, vel quislibet ulla opposita persona qui contra hanc cessione ista venire conaverit, inferat tibi una cum sotio fisco auri untias tantas esse mulando, et præsens cessio omni tempore firma permaneat, stipulatione subnixa¹.

Mais si les libéralités précipitaires ne sont pas rares dans les formules du VI^e au X^e siècle, nulle part

1. Rozière, Formule 469. v. form. 466, 467, 468, 470-472.

nous ne trouvons indiqué dans quelles proportions ces avantages étaient permis : il y a lieu de croire que les droits du père étaient assez restreints, et que jamais ces donations ne pouvaient atteindre la majeure partie du patrimoine paternel.

IV

Au moyen-âge le principe de l'égalité des héritiers en ligne directe s'affirme avec une grande force dans les successions roturières. Le testament sans doute est permis au père de famille, mais il doit beaucoup moins lui servir à favoriser l'un de ses héritiers qu'à remplir un devoir pieux en léguant aux pauvres ou à l'Église. C'est en Touraine et en Anjou que l'égalité devient surtout rigoureuse; lorsque le père a doté quelqu'un de ses enfants en le mariant, l'enfant doté ne peut plus venir au partage de l'hérédité paternelle qu'en rapportant les biens à lui donnés.

« Quant hom costumiers a enfanz, soient fiz ou filles, autretant a li uns comme li autres en la terre au pere et a la mere, et tout autretant es meubles et es achaz et es conquez, s'ils les ont; car borse a vilain si est patrimoines, selonc l'usage de la cort laie. Et se li hom costumiers avait marié un de ses fiz ou une de ses filles, et en aust autretant à l'ostel qui ne fussent pas mariés, et se morust, et li marié venissent à ces qui seroient en l'ostel remains et demandassent partie en

l'eschoiete, cil qui seroient en l'ostel ni la lor porroient pas veer par droit; mais il coviendroit as autres que uns chascuns raportast ce qu'il auroit eu en frèresche, fust terre, fust maison, fust deniers ou autre meuble ¹. »

Ainsi en Anjou le père ne peut léguer hors part à l'un de ses enfants, ni dispenser du rapport la donation faite aux enfants mariés; l'amour de l'égalité y était même si vivace que les officiers municipaux de la ville d'Angers, lorsqu'ils furent anoblis par Louis XI, voulurent conserver les règles du partage coutumier, frappés qu'ils étaient des inconvénients du partage noble, où le principe de l'égalité était tenu en échec ².

Les mêmes règles sont suivies en Normandie : les fils et les filles doivent succéder également à leur père roturier, et si l'un d'eux a reçu quelque don, il le doit rapporter pour prendre part au partage de l'hérédité. L'usage de ce rapport est constaté par le Grand Coutumier de Normandie qui, du XIII^e au XVI^e siècle, jouit d'une grande autorité dans les pays normands.

« L'on doibt sçavoir que quand le pere a plusieurs filz, il ne peut pas faire de son héritage l'un meilleur que l'autre. Mais après sa mort, tout ce qu'il aura

1. Coutume de Touraine-Anjou, art. 123; *Et. de St-Louis*, art. 136 éd. Viollet, II, 236.

2. Viollet, *ibid.* I, p. 123. Pocquet de Livonnière, *Cout. du pays d'Anjou*, t. I, col. 715.

donné à auleun d'eulx sera rapporté à partie entre eulx. De ceulx qui après sa mort attendent partie de son héritage ne peut-il faire l'un meilleur que l'autre... Et ce qui est resté dit des fils, doibt aussi être entendu des filles¹. »

Il est vrai qu'à peu près à la même époque, le Livre des Assises de la Cour des Bourgeois déclare que « si le père donne à l'un de ses enfants plus qu'à l'autre, bien le peut faire, et tout doit être ferme et estable par droit, tout enci comme le père ou la mère l'aura commandé et ordonné². »

De même Pierre de Fontaines estime qu'un père peut à son gré favoriser l'un de ses enfants : « si que li plus qu'il done à l'un n'amenuist trop le don à l'autre³. » Mais il ne faut pas oublier que l'influence du droit de Justinien s'est très vivement fait sentir dans les Assises de Jérusalem, et que Pierre de Fontaines en composant son livre a beaucoup plus souvent copié le droit romain qu'il n'a vraiment recueilli les usages coutumiers du Vermandois. D'ailleurs au XV^e siècle, les « Coutumes des Pays de Vermendois et ceux de envyrion » permettront à l'enfant donataire de ne point rapporter le don que son père lui aura fait hors part ou avec clause de préciput⁴.

1. Chapitre XXXVI, dans *Bourdot de Richebourg*, IV, p. 49.

2. *Assises de Jérusalem*, éd. Beugnot II, p. 129, chap. 192.

3. *Conseil de Pierre de Fontaines*, éd. Marnier 1846, p. 420.

4. Art. 186. Et se les enffanz du mort à qui leur père auera en son vivant donné de ses héritages en veuillant venir à succession, se la

Des anciens auteurs coutumiers, c'est Beaumanoir dans ses Coutumes de Beauvaisis qui s'étend le plus longuement sur les libéralités faites par un père en faveur de ses enfants.

Et d'abord, ces libéralités sont interdites par testament : un père ne pourra jamais faire à l'un de ses enfants un legs qui viendrait à rompre l'égalité nécessaire en ligne directe ; les meubles et conquêts et le quint des propres ne peuvent être donnés par acte de dernière volonté qu'à des étrangers.

« Cascuns gentix hons ou hons de poeste, qui n'est pas sers, pot, par nostre coutume, laissier en son testament ses muebles, ses conquès et le quint de son héritage, là où il plest, excepté ses enfanz à quix il ne pot plus laissier à l'un qu'à l'autre. Mais li sers ne pot lessier en son testament plus grant somme que cinq sous¹. »

Mais le père qui ne peut tester en faveur de ses enfants, a peut-être doté l'un d'eux en le mariant. Cette donation toujours permise doit toujours, si peu considérable soit elle, être rapportée par l'enfant qui veut venir au partage de l'hérédité paternelle, car les qualités de donataire et d'héritier sont incompatibles en ligne directe.

« Cil qui veut partir au descendement et avoit porté

donation ne'est faicte hors part, ilz sont tenus de rapporter le dict don en venant à la dicte succession. Edit. Beautemps-Beaupré, 1838. p. 98.

1. Beaumanoir, chap. XII, n. 3, édit. Beugnot, I, p. 180.

aucune coze du pere ou de la mere, doit rapporter tout entièrement ce qu'il emporta, s'il n'est ainsi qu'il l'aist mis hors de sa main, si que il ne puist rapporter, et a donques convient qu'il raporte la valeur que la coze valoit quand el fut baillé, soit muebles, soit héritages ; et quant il ara raporté, il doit partir au descendent¹. »

Mais, s'il doit rapporter quand il succède, le donataire n'est point tenu de venir à partage ; il peut à son gré renoncer à la succession et conserver ainsi le bien donné. Néanmoins cette renonciation ne doit point l'autoriser à retenir un don qui blesserait outrageusement l'équité. Si la donation est excessive, le juge devra la réduire, mais elle peut dépasser en importance la part que le donataire aurait recueillie dans la succession du défunt. « Il loist à cely que peres et meres marient, qu'il se taise, s'il li plect de venir à partie et se teingne à ce qui lui est donné. Neporquant, li dons porroit bien être donés si outrageux, que li pere et la mere donerent à celui, qu'il ne seroit pas à tenir ; car il ne loist pas au pere et à la mere à donner tant à l'un de lor enfans que li autres en demeurent orphelin et déshérité. Neporquant, coustume suefre bien que cil que pere et mere marient, ait plus qu'il n'emporteroit en sa partie ; mais que ce ne soit trop outrageusement. Et cis outrages doit estre restrains

1. Beaumanoir, chap. XIV, n. 13, I, p. 230.

par le juge à la requête des autres hoirs après la mort du pere ou de la mere ¹. »

Beaumanoir montre très clairement comment le principe d'égalité pouvait être tourné, éludé par l'enfant donataire. Les qualités de donataire et d'héritier sont proclamées incompatibles pour assurer entre les enfants d'un même père l'égalité successorale, mais en ne se portant point héritier, le fils avantagé conserve son don même supérieur à sa part héréditaire. Que devient cette égalité ? L'inconséquence est flagrante, semble-t-il, et ne saurait guère s'expliquer logiquement. Sans doute, mais la logique ne préside pas toujours aux développements d'un droit coutumier. Nos pères n'admettaient point d'autres héritiers que les héritiers naturels : *Deus solus heredes facit*. L'homme ne pouvait modifier l'œuvre divine, en se choisissant lui-même les continuateurs de sa personne ; l'homme devait donc aussi respecter les droits de chacun de ses héritiers et laisser régner entre eux l'égalité la plus complète. Mais l'égalité entre héritiers n'était point l'égalité entre enfants — nul n'est héritier qui ne veut — ; en abdiquant son titre d'héritier, l'enfant devenait étranger et pouvait dès lors se comporter en véritable étranger. Beaumanoir fait simplement l'application de ces idées en permettant à l'enfant renonçant de retenir la libéralité à lui conférée : les héritiers n'en succèdent pas moins également entre eux ;

1. Beaumanoir, Chap. XIV, n. 15. I, p. 231.

le patrimoine du défunt est seulement diminué de tout ce que le père a pu donner à son fils renonçant.

Primitivement d'ailleurs, l'enfant marié et doté sortait de la famille, et perdait ainsi tout droit sur les biens communs; il ne pouvait, même en offrant de rapporter, demander une part dans les biens de son père défunt. Cet antique usage se transforma d'abord sans disparaître, et l'on en trouve encore quelque trace dans le droit Orléanais du XIII^e siècle : l'enfant, fils ou fille, qui avait reçu une dot à l'époque de son mariage, n'avait plus le droit de se présenter au partage des biens du donateur.

« Ce que père et mère fait à ses enfanz durant le mariage, si est estable. Et s'il marie son fil ou sa fille, si s'en va quites o ce qui père et mère li done, sanz retour ¹. »

Il n'était même point permis au donataire de rapporter; le rapport du reste n'avait aucune raison d'être, puisque l'enfant n'était pas héritier. — Mais le père pouvait par une sorte de rappel à succession lui rendre ses droits, en déclarant que l'enfant serait admis au partage, s'il remettait en commun les biens donnés : cette déclaration était une clause d'avancement d'hoirie. Souvent les frères du donataire avaient intérêt à repousser le rapport, et à tenir l'enfant doté en dehors de la succession, lorsque le don était inférieur à la part héréditaire que cet enfant désirait recueillir. Nous

1. *Établ. de St-Louis*, liv. II, chap. 26.

avons sur un débat de ce genre deux décisions du Parloir aux Bourgeois, dont les rubriques sont ainsi rapportées ¹:

« Père puet sanz l'asentement de sa feme, promettre et octroier que son enfant qu'il marie en rapportant ce que il li donne en son mariage, après le décès de son père revienne en partie avec ses autres enfans. — Père au lit de mort, de la volonté de sa feme, peut ordener que leur enfant que il ont marié, en raportant ce que il emportèrent en mariage, reviennent après le décès du pere en partie des biens du pere avecques les autres enfans d'iceux qui sont à marier. »

Ainsi d'après les us et coutumes de la Prévôté et Vicomté de Paris, une déclaration du père de famille était nécessaire pour que l'enfant donataire pût se présenter au partage de la succession, même en rapportant.

Etant donné ces anciens usages, il ne pouvait paraître exorbitant aux auteurs coutumiers qu'un enfant renonçât pour s'en tenir à son don, même lorsque ce don était considérable, puisqu'au moyen de la renonciation, le principe de l'égalité entre héritiers demeurait sain et sauf, ne subissait aucune atteinte. La renonciation, d'autre part, ne présentait rien d'anormal, puisque primitivement l'enfant doté se trouvait par l'effet même de son don mis en dehors

1. *Histoire de l'Hôtel de Ville de Paris*, Le Roux de Lincy, 2^e Partie, p. 107 et 108.

de l'hérédité. La seule précaution prise contre l'inégalité qui pouvait devenir trop choquante, fut la défense dont nous parle Beaumanoir, de retenir un don outrageux, c'est-à-dire, un don tellement excessif que les autres enfants ne s'en trouvassent presque déshérités.

V

Arrivant maintenant au droit coutumier postérieur à la rédaction des coutumes, nous constatons avec les anciens auteurs que la diversité est extrême et qu'un tableau complet serait bien difficile à tracer qui, fût exact et fidèle.

Libéralités entre-vifs en ligne directe descendante.

Les coutumes les plus nombreuses, et parmi elles la coutume de Paris, reproduisent les règles tracées par Beaumanoir. Elles permettent au père et à la mère de conférer à leurs enfants des dons entre-vifs, mais elles défendent au donateur de dispenser du rapport. Ces libéralités ne seront jamais préciputaires. A la mort de son père, le donataire n'a que deux partis à prendre : il doit ou rapporter pour prendre part à la succession, ou renoncer pour s'en tenir à son don. Il y a donc incompatibilité en ligne directe descendante entre les deux qualités de donataire entre-vifs et d'héritier.

La nouvelle coutume de Paris est expresse : « Les en-

fans venant à la succession de père ou mère doivent rapporter ce qui leur a été donné pour avec les autres biens de ladite succession être mis en partage entre eux, ou moins prendre. Néanmoins, où celui auquel on auroit donné se voudroit tenir à son don, faire le peut en s'abstenant de l'hérédité, la légitime réservée aux autres¹. »

Mais l'ancienne coutume avait été moins précise quant au droit accordé au donataire de renoncer pour s'en tenir à son don ; aussi Dumoulin avait-il soutenu, dans son commentaire, que le donataire devait restituer la donation faite expressément *in anticipationem successionis*, même lorsqu'il renonçait, parce qu'on ne pouvait admettre, disait-il, qu'un renonçant, qu'un non-héritier retint une fraction de l'hérédité². Le célèbre jurisconsulte se fondait uniquement sur le prétendu caractère de la donation en avancement d'hoirie. Lorsque le don ne contenait point la clause d'avancement d'hoirie, il ne faisait point difficulté pour reconnaître à l'enfant renonçant le droit de conserver l'avantage à lui conféré. Mais le système de Dumoulin, conçu dans le but de maintenir autant que possible l'égalité entre les enfants, ne put triompher, et l'art. 307 de la nouvelle coutume vint formuler expressément le droit du donataire renonçant.

Ainsi l'égalité peut être rompue en faveur de l'un

1. Art. 304 et 307.

2. Sur l'art. 459 de l'Ancienne Coutume.

des enfants du donateur : tandis que le donataire jouit d'un avantage considérable, ses frères peuvent être réduits à leur seule légitime. Pothier reproche aux rédacteurs de la coutume d'avoir abandonné l'esprit du droit ancien, d'avoir avec trop de subtilité déclaré que les pères et mères ne pouvaient par donations ou par testament avantager leurs héritiers l'un plus que l'autre, tandis qu'un moyen si facile leur était donné de tourner la défense¹. Mais Pothier oublie qu'anciennement dans la prévôté et vicomté de Paris la règle était, comme nous l'avons vu plus haut, non point le rapport obligatoire et nécessaire de toute donation faite à des héritiers présomptifs, mais bien l'exclusion de la succession du donateur des enfants donataires. Ces derniers pour venir à partage, devaient non seulement rapporter, mais prouver que le père leur avait réservé ce droit. Faut-il dès lors s'étonner qu'on ait laissé aux donataires, après qu'on eût sous-entendu le rappel à succession, la liberté de demeurer étrangers à l'hérédité, comme ils l'étaient anciennement de plein droit, par l'effet même de la libéralité.

L'obstacle véritable aux libéralités excessives est l'obligation imposée au donateur de se dépouiller *hic et nunc*, pour assurer un avantage à l'un de ses enfants. Le dépouillement doit être complet et immédiat en vertu de la règle « donner et retenir ne vaut » ; le donateur est contraint de donner de suite une étendue

1. *Successions*, chap. IV, art. 3, parag. 2.

considérable à sa donation, et cette obligation contribue puissamment à calmer l'ardeur de ses intentions libérales. Le droit ancien d'ailleurs ne désire-t-il pas, autant que l'égalité entre les enfants, la conservation des biens dans la famille ? Et pourtant la réserve des quatre quints reste étrangère aux libéralités entre-vifs ; seule la réduction peut atteindre ces donations, quand les légitimaires ne sont point remplis de leur légitime. L'appauvrissement immédiat du donateur paraît une barrière suffisante contre les libéralités excessives en faveur d'étrangers ; il suffit à modérer également la générosité trop grande du père à l'égard de l'un de ses enfants.

La coutume d'Orléans¹ déclare, comme la coutume de Paris, que les enfants et autres descendants « pourront revenir et retourner auxdites successions de leur pere ou mere, ayeul ou ayeule, en rapportant ce qui leur a été donné, ou moins prenant. Et se pourront tenir iceux donataires à la donation qui leur a été faite, en renonçant aux dites successions ; pour ce que père et mere, ayeul et ayeule et autres ascendants, ne

1. Les coutumes les plus nombreuses reproduisaient les règles des coutumes de Paris et d'Orléans ; elles défendaient le préciput mais autorisaient l'option du donataire, citons notamment : Calais, St-Omer, Bourges, Ostende, Ypres, Gand, Courtray, Bruxelles, Vermandois, Senlis, Clermont-en-Beauvaisis, Troyes, Meaux, Auxerre, Montargis, Blois ; Luxembourg, Tournay, Sedan, Thionville, Etampes, Chartres, etc., V. *Revue historique*, 1860, Tableau dressé par M. de Caqueray, p. 542 et suiv.

peuvent avancer l'un de leurs enfans plus que l'autre venans à leurs successions¹. »

En face de ces coutumes dites d'égalité simple, d'égalité en partage, ou d'option, se groupent les coutumes d'égalité parfaite, qui non seulement proscrivent les libéralités préciputaires entre-vifs, mais interdisent encore tout avantage en faveur de l'enfant renonçant. Voulant que l'égalité soit absolue entre les descendants du défunt, elles exigent le rapport de celui-là même qui répudie l'hérédité. Déjà l'ancienne coutume de Touraine-Anjou, prévoyant chez l'enfant avantagé le désir de se dispenser du rapport, donnait aux frères le droit d'exiger ce rapport, si la donation était trop considérable, sans doute si elle dépassait la part du donataire dans la succession.

« Se ainsic avenoit que li uns aüst aü trop grant partie et il ne vousist retourner à la partie et à l'escheoite dou pere et de la mere, et li autres li deïssent : « Vous avez trop grant partie aüe ; venez frareschier o nos, et si nos faites droit retour » ; adonc droiz donroit que sa partie seroit vüe par preudes homes ; et s'il avoit trop aü, il leur feroit droit retour sauf les amendements, se il les y avoit mis, si come nous avons dit desus¹. »

La même disposition se retrouve dans les nouvelles coutumes du Maine et de l'Anjou. Si l'enfant veut re-

1. *Cout. et Inst. de l'Anjou et du Maine*, 1^{re} Partie ; Beauteemps-Beaupré, t. I, p. 155.

noncer à la succession du donateur, il n'y est reçu « qu'en rendant à l'ordonnance de justice, tout ce que sondit pere ou mere, ou autre ascendant lui a donné¹ ». Malgré les termes absolus de la coutume, il y a lieu de penser que le donataire renonçant ne devait rendre à ses frères héritiers que ce qui excédait sa part héréditaire : sinon l'égalité, que souhaitait la coutume, aurait été rompue au détriment de l'enfant renonçant².

La coutume de Normandie se contente de déclarer que le père et la mère ne peuvent avantager leurs enfants l'un plus que l'autre, parce que toutes les donations faites par le père ou la mère à leurs enfants sont réputées faites en avancement d'hoirie³. Elle ne contient aucune disposition relative aux droits de l'enfant renonçant, mais la jurisprudence et les auteurs s'empressent de conclure que l'enfant même renonçant doit rapporter. Ils insistent sur le prétendu caractère de l'avancement d'hoirie de n'être qu'une succession anticipée, *delibatio hereditatis sub liberalitatis appellatione*, à laquelle ne peuvent prétendre que ceux qui se portent héritiers. « La renonciation d'un enfant, dit Basnage sur l'art. 434, dans la vue de profiter de l'avantage qui lui a été fait, ne le dispense point de rapporter ce qui lui a été donné, en cas

1. *Cout. du Maine*, art. 346 ; *de l'Anjou*, art. 334.

2. Pocquet de Livonière sur Dupineau, sur l'art. 334 *de la Coutume d'Anjou*.

3 Art. 434.

qu'il excède sa portion héréditaire. Cet article en donne la raison par ce, dit-il, que toutes donations faites par père et mère à leurs enfants sont réputées avancement d'hoirie : *ubi naturæ debitum, ibi successio* ; dans la suite, *quod fuit donatio, fit hereditas.* » Et Basnage approuve la sage précaution de la coutume, qui empêche qu'aucune atteinte soit portée au principe de l'égalité.

C'est encore la jurisprudence qui de la coutume de Bretagne fait une coutume d'égalité parfaite ; l'art. 596 en effet ne parle que du rapport des enfants venant à la succession, mais l'égalité rigoureuse triomphe comme en Normandie : l'avancement d'hoirie doit être rapporté malgré la renonciation du donataire¹.

Tandis que de droit commun les qualités de donataire et d'héritier sont déclarées incompatibles en ligne directe descendante, quelques coutumes, peu nombreuses il est vrai, se rapprochent du droit écrit et permettent les libéralités entre-vifs avec clause de préciput. Ce sont au Centre les coutumes du Berry et du Nivernais : « En succession de père et de mère les choses par eux données autrement qu'en préciput et avantages d'autres enfants, sont sujettes à rapport². » Peu importent dans ces deux coutumes la nature et

1. *Cout. de Bretagne*, art. 596 et observations de Poullain-Duparc sur cet article ; comp. de Caqueray, *loc. cit.* p. 552.

2. *Berry*, tit. XIX, art. 42 ; *Nivernais*, chap. XXVII, art. 41 et 42.

l'origine des biens : les propres, comme les meubles et acquêts immeubles, peuvent faire l'objet d'une donation préciputaire. En Poitou¹, au contraire, le don avantageux ne doit porter que sur les acquêts et non sur les propres, encore faut-il que le donateur compte des propres dans son patrimoine ; sinon l'égalité doit être respectée entre les enfants dans le partage des biens de la famille. Dans le Bourbonnais², les clauses de préciput ne peuvent être insérées que dans les donations par contrat de mariage : « Donations faites par père et mère ou autres ascendants à leurs descendants en préciput en contrat de mariage et faveur d'iceluy, ne sont sujettes à collation entre les donataires et leurs cohéritiers ». La coutume de Bourgogne ne défendant au père d'avantager l'un de ses enfants que par testament ou acte de dernière volonté, Dumoulin dans son Conseil 59 estime qu'entre-vifs il est permis d'avantager l'un de ses enfants en le dispensant du rapport³.

Le droit coutumier aimait à voir en la personne des enfants comme de véritables créanciers du père qui lors de l'ouverture de la succession, reentraient, pour ainsi dire, en la possession d'un bien leur appartenant déjà : c'était un dernier vestige de l'antique communauté de famille depuis longtemps disparue. De là

1. *Poitou*, art. 216.

2. *Bourbonnais*, art. 308.

3. *Coutume de Bourgogne*, chap. VII, art. 5. Du Moulin, Cons. 59.

cette règle d'égalité plus ou moins parfaite entre les héritiers en ligne directe descendante: comme ils avaient eu primitivement des droits égaux sur un patrimoine commun, ils devaient plus tard se partager également l'héritage paternel. Mais ces considérations perdaient toute leur force, lorsque le défunt en mourant ne laissait que des ascendants ou des collatéraux. A ces parents la succession était moins due, l'égalité entre les héritiers pouvaient donc être moins strictement observée. C'est ce que déclarait Lebrun: « La vérité est que les ascendants ne sont pas obligés au rapport, et cela par la raison même que la succession leur est moins due. Car moins la succession est due, moins on doit observer l'égalité, et c'est pourquoi il ne se fait point de rapport en ligne collatérale des donations entre-vifs ¹. »

Le rapport n'ayant lieu qu'en ligne directe descendante, toutes les donations entre-vifs sont réputées libéralités préciputaires, sans qu'une clause de préciput y doive être insérée, toutes les fois que les donataires héritiers du donateur sont des parents en ligne directe ascendante ou en ligne collatérale. Pourtant les coutumes ne sont pas unanimes à repousser la théorie du rapport des successions collatérales: quelques-unes résistent, ce sont les coutumes du Maine, d'Anjou, de Touraine ², qui veulent mériter leur nom de coutu-

1. *Successions*, p. 112.

2. Art. 278 et 349. Art. 260 et 334; 302 et 304.

mes d'égalité parfaite, en maintenant une égalité scrupuleuse là même où cette égalité n'a plus de raison d'être.

Incompatibilité des qualités de légataire et d'héritier.

C'était une règle coutumière très-répandue que *nul ne peut être héritier et légataire ensemble d'une même personne*, mais là comme en matière de rapport régnait une assez grande diversité.

Les coutumes les plus nombreuses, et parmi elles, surtout, les coutumes de Paris, d'Orléans, de Bourgogne, de Troyes et de Montargis¹, proclament l'incompatibilité absolue des deux qualités, en laissant toutefois au légataire la liberté de refuser le legs pour venir à la succession, ou de renoncer à la succession pour réclamer la délivrance du legs. Ce droit d'option est même expressément reconnu dans quelques-unes, dans la coutume de Troyes, par exemple :

« Aucun ne peut être héritier et légataire ensemble : toutefois il loist à celui qui peut être héritier, accepter et prendre comme personne estrange, le laiz à lui fait, en délaissant l'hérédité du deffunt, et en y renonçant dedans quarante jours. »

L'égalité héréditaire pouvait ici encore être rompue, comme elle l'était, lorsqu'un donataire entre-vifs con-

1. Paris, art. 300 ; Orléans, art. 288 ; Bourgogne VII, art. 5 ; Troyes, art. 112 ; Montargis. XIII, art. 3.

servait, en renonçant à l'hérédité, un don supérieur à sa part héréditaire; mais les quatre quintes des propres demeurant réservés contre les libéralités de dernière volonté, le légataire trouvait dans cette réserve coutumière et dans la légitime de ses cohéritiers deux obstacles à des avantages excessifs : c'était l'application du droit commun.

On appelait ce premier groupe de coutumes, coutumes d'option.

L'incompatibilité dans ces coutumes s'appliquait aussi bien en ligne collatérale qu'en ligne directe ascendante ou descendante : elle s'y appliquait d'une manière absolue. Ainsi un père, héritier des meubles et acquêts de son fils, ne pouvait être légataire d'un propre maternel revenant aux collatéraux de ce dernier. La question avait été très vivement débattue entre les auteurs coutumiers : Ferrière et Laurière notamment avaient soutenu que, quand il y a des biens dont on ne prend rien comme héritier, on peut les prendre comme légataire, bien qu'on soit héritier d'autres biens, « parce qu'il y a, disaient-ils, plusieurs patrimoines et par conséquent plusieurs successions¹. » Mais la jurisprudence du Parlement de Paris se fixa en sens contraire : dès qu'une personne a fait choix de la qualité d'héritier, elle ne peut plus prendre celle de légataire, car elle nuirait ainsi à des héritiers

1. Ferrière, sur l'art. 300 de la coutume de Paris ; Laurière sur *Loysel*, liv. II, tit. iv, art. 12.

d'un même défunt; de plus tolérer en pareille hypothèse la compatibilité des deux qualités, ce serait porter une atteinte certaine à la règle que les propres ne remontent pas.

Bien que générale, la règle d'incompatibilité n'était pourtant pas universellement admise. Quelques coutumes décidaient expressément, comme celle de Reims ¹, par exemple, « qu'aucun peut être légataire et héritier ensemble. » La coutume de Tournay permettait aussi à la même personne d'être aumônier et parchonnier, légataire et héritier. La coutume de Péronne insistait sur la nécessité d'une déclaration formelle de la part du testateur : elle exigeait que le legs adressé à l'héritier lui fût laissé en la forme de prélegat et hors part ².

En face et en opposition directe avec les coutumes de compatibilité se plaçait la coutume de Sens, qui non-seulement proscrivait le cumul des deux qualités, mais refusait même au successible le droit d'opter entre la qualité d'héritier et celle de légataire : la renonciation ne lui donnait pas le droit de retenir l'excédant du legs sur la part héréditaire : « Il loist à celui qui peut être héritier, accepter et prendre comme personne estrange le legs à lui fait, en délaissant l'hérédité du défunt, pourvu que le legs à lui fait

1. Reims, art. 302.

2. Tournay, art. 4. XXIII. Péronne, Montdidier et Roze, art. 205.

n'excède l'estimation de sa portion contingente, s'il se portait héritier *ab intestat* ¹. »

VI

Le régime des successions, qui comportait tant de règles diverses, devait attirer l'attention du législateur, dès que les États-Généraux se furent érigés en Assemblée Constituante. Dès le 15 Mars 1790 ², l'Assemblée décrète l'abolition des droits d'aînesse et de masculinité à l'égard des fiefs, domaines et alleux nobles, et proscriit les partages inégaux à raison de la qualité des personnes. Il ne faut donc plus distinguer de biens nobles et de biens roturiers, d'héritiers nobles et d'héritiers roturiers : toutes successions doivent être partagées suivant les lois, statuts et coutumes qui règlent les partages entre tous les citoyens ; toutes lois et coutumes contraires sont abrogées.

Un grand pas était déjà fait vers l'égalité successorale, pourtant cette égalité n'existait pas encore d'une manière complète : quelques coutumes, en effet, consacraient certains avantages en faveur de l'aîné ou du puîné ; quelques autres traitaient inégalement les mâles et les descendants par les filles, d'autres enfin conservaient encore le privilège du double lien. L'égalité ne devint donc effective qu'après le décret des

1. *Coutume de Sens*, art. 72.

2. Décret des 15-28 mars 1790 relatif aux droits féodaux.

8-15 Avril 1791 ¹, qui rejeta toute inégalité résultant entre héritiers *ab intestat* des qualités d'aîné et de puîné, de la distinction des sexes ou des exclusions coutumières, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale.

Mais suffisait-il de proclamer l'égalité dans les successions *ab intestat*? Ne fallait-il pas empêcher aussi qu'aucune atteinte pût être portée à cette égalité tant désirée? C'est alors que s'ouvre au sein de l'Assemblée le célèbre débat sur la liberté de tester, débat qui ne doit pas encore aboutir, mais qui présente le plus haut intérêt, et par l'importance du sujet, et par le talent des orateurs qui le soulèvent.

Le père de famille, d'après le droit écrit, jouissait librement du droit d'avantager l'un quelconque de ses héritiers, pourvu qu'il ne portât point atteinte à la légitime de ses autres enfants; en pays coutumier, au contraire, sa liberté était moins grande, car d'après le droit le plus répandu, si un enfant pouvait être avantagé d'une manière spéciale, ce n'était qu'en renonçant à la succession du donateur ou du testateur. Fallait-il adopter pour toute la France les anciennes règles du droit romain? Fallait-il, au contraire, proclamer l'égalité absolue entre cohéritiers et proscrire la liberté de tester?

La discussion s'ouvre le samedi 3 Avril 1791 pour durer quatre jours. Mirabeau vient de mourir, en té-

¹. Décret des 8-15 avril 1791, art. 1.

moignant de ses regrets de ne pouvoir prendre part au débat, et en confiant à l'ancien évêque d'Autun, M. de Talleyrand, le soin de lire en son nom le discours qu'il a préparé. L'éloquent orateur se propose d'examiner si un père ou une mère, un aïeul ou une aïeule, ont le droit de disposer à leur gré de leur fortune par donation ou par testament, et d'établir ainsi l'inégalité dans la possession des biens domestiques. — Ainsi la préoccupation de Mirabeau, en combattant la liberté du testament, n'est pas tant d'empêcher qu'un testateur dépouille ses héritiers naturels, en faveur de quelque étranger, que de rendre impossible toute atteinte à l'égalité successorale entre cohéritiers. Le droit de propriété, à ses yeux, n'est qu'une création sociale, dont il appartient à la loi de fixer les limites et la durée : le législateur peut donc interdire en certaines circonstances le testament lui-même ou en limiter très-étroitement les dispositions. « Il doit faire disparaître de nos codes ce reste impur des lois féodales qui dans les enfants d'un même père pouvaient créer des riches et des pauvres : il faut anéantir le vice des lois testamentaires et la monstrueuse inégalité des partages qui en a été la suite ¹. » Le droit romain a pu donner au citoyen le droit de choisir entre ses enfants des héritiers privilégiés, mais « peut-être est-il temps que les Français ne soient pas plus les écoliers de Rome ancienne que de Rome moderne ; qu'ils

1. Séance du 3 avril 1791, *Moniteur* du 5 avril 1791.

aient des lois civiles faites pour eux, comme ils ont des lois politiques qui leur sont propres ;... dans un siècle de lumières, les anciens flambeaux pâlisent et ne servent qu'à embarrasser la vue... Il n'y a plus d'ainés dans la famille nationale : il n'en faut plus dans les petites familles qui la composent ¹. » Mirabeau demande en terminant que l'ordre et le partage des successions en ligne directe ascendante et descendante soient fixés par la loi ; qu'il soit assuré aux héritiers dans cette ligne les neuf dixièmes de la masse des biens de celui auquel ils succéderont, et qu'en conséquence l'usage des donations entre-vifs, institutions contractuelles, dispositions testamentaires sans charge de rapport, et généralement de toutes autres dispositions tendant à déranger l'ordre des successions et à rompre l'égalité dans les partages, soit prohibé aux ascendants envers leurs descendants, et respectivement, jusqu'à concurrence de la dixième partie de ladite masse, sauf la libre disposition de la dixième partie en faveur des personnes étrangères à la ligne.

Mirabeau demande en un mot une réserve des neuf dixièmes en faveur des descendants et la prohibition absolue de toute libéralité préciputaire. Robespierre conclut dans le même sens que Mirabeau : « L'homme peut-il disposer de cette terre qu'il a cultivée, lorsqu'il est lui-même réduit en poussière ? Non, la pro-

1. *Ibid.*

priété de l'homme après sa mort doit retourner au domaine public de la société. Ce n'est que pour l'intérêt public, que la loi transmet la propriété de ces biens à la postérité du premier propriétaire ; or l'intérêt public est celui de l'égalité. Il faut donc que dans tous les cas l'égalité soit établie dans les successions... Mon avis est donc qu'on ne puisse favoriser aucun des héritiers au préjudice de l'autre, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale, sauf les cas qui seront déterminés par la loi¹. »

Tronchet, qui répond aux adversaires du droit de tester, reconnaît avec eux que la propriété elle-même, et la transmission de la propriété ne relèvent point de la loi naturelle, qu'il appartient donc à la loi civile de faire prévaloir sa volonté sur celle du testateur, en déterminant un ordre légal de succession, et en limitant strictement le droit de disposition du propriétaire. Mais ne serait-il pas injuste, et bien souvent cruel « d'enlever à un père le droit de récompenser, par un témoignage d'affection plus particulière, l'enfant qui restera le plus distingué par son respect et sa tendresse filiale ? Un père qui voit l'un de ses fils assailli dans sa fortune par des malheurs qu'il ne peut se reprocher, et les autres au contraire, enrichis par le hasard, peut-il être privé du droit de venir au secours de ce fils infortuné² ? » Un père doit donc avoir le

1. Séance du 5 avril 1791, *Moniteur* du 7 avril 1791.

2. *Ibid.*

droit de donner ou de léguer à l'un de ses enfants ; « mais comme la faculté de disposer ne doit être qu'un moyen de bienfaisance légitime, et non pas une arme destinée à servir sa passion ou sa vanité, il ne faut confier à sa sagesse qu'un quart de sa fortune, et réserver à ses enfants comme un patrimoine de la nature et de la loi, les trois quarts de sa portion héréditaire. »

Après les discours de Cazalès qui réclame l'extension à toute la France du droit écrit, et du citoyen Prugnon, qui propose de laisser au testateur la libre disposition du tiers ou du quart de ses biens, soit en faveur des enfants soit en faveur d'un étranger, l'ajournement est prononcé le 6 Avril, et les libéralités des pères au profit de leurs enfants continuent à suivre les règles des coutumes dans le Nord, et celles du droit écrit dans le Midi.

Mais les adversaires du testament renouvellent bientôt leurs attaques : le 17 Mars 1793, sur la proposition de Barrère, la Convention décrète que toute faculté de disposer de ses biens soit à cause de mort, soit entre-vifs, soit par institution contractuelle, est abolie en ligne directe, et elle charge son Comité de législation de lui préparer un projet de loi à cet égard. Ce projet lui est présenté le 5 Brumaire an II par Cambacérès, qui détache de son projet de Code civil les articles relatifs au droit de disposition : le nouveau décret porte interdiction absolue de toute libéralité en

faveur d'un successible, en exagérant ainsi les prohibitions déjà votées, et fait rétroagir cette interdiction jusqu'au 14 Juillet 1789 : « Les successions des pères, mères ou autres ascendants et des collatéraux, ouvertes depuis le 14 Juillet 1789, et qui s'ouvriront à l'avenir, seront partagées également entre les enfants, descendants ou héritiers en ligne collatérale, nonobstant toutes les lois, coutumes, usages, donations, testaments et partages déjà faits. En conséquence, les enfants, descendants et héritiers en ligne collatérale, ne pourront, même en renonçant à ces successions, se dispenser de rapporter ce qu'il auront eu à titre gratuit, par l'effet des donations que leur auront faites leurs ascendants ou leurs collatéraux, postérieurement au 14 Juillet 1789 ¹. » Quant aux donations antérieures au 14 Juillet 1789, elles restent assujetties aux règles des anciennes coutumes d'option : le donataire les doit rapporter ou renoncer à la succession, sans préjudice pourtant de l'exécution des coutumes d'égalité parfaite, qui même avant 1789 exigeaient le rapport du donataire renonçant ².

La Convention, en même temps qu'elle établit d'une manière absolue l'égalité entre héritiers, règle la quotité disponible en faveur d'un étranger : cette quotité est invariablement fixée au dixième des biens, lorsqu'il existe des héritiers en ligne directe,

1. Décret du 5 brumaire an II, art. 9.

2. *Ibid.* art. 8.

et au quart, lorsqu'il n'y a que des héritiers collatéraux. — Quand deux mois plus tard est édictée la loi du 17 Nivôse an II, véritable code des successions, les articles 8, 9 et 11 du décret de Brumaire deviennent les articles 8, 9 et 16 de la loi nouvelle.

Ainsi la diversité des anciennes coutumes, en matière de rapport et de libéralités préciputaires, a pris fin ; l'uniformité règne dans toute la France ; en vertu des théories nouvelles, la liberté de tester est considérée comme une dérogation à la loi naturelle. Les droits de la puissance paternelle sont méconnus, l'égalité successorale est proclamée sans qu'on admette jamais entre plusieurs héritiers une cause légitime de préférence : entraînée par son ardeur égalitaire, la Convention n'hésite même pas à bouleverser la propriété dans les familles, en reportant au 14 Juillet 1789 les dispositions d'une loi subversive des anciens prin-

Cette rétroactivité ne tarde pas à soulever, de la part même de ceux qui l'ont demandée, quelques protestations ; timides d'abord, ces protestations se multiplient après Thermidor. Alors, sur les efforts de Lanjuinais, la Convention décide que les lois des 5 Brumaire et 17 Nivôse an II, concernant les divers modes de transmission des biens dans les familles n'auront plus d'effet qu'à partir de leur promulgation. Mais ces lois ont d'autres graves défauts, elles poussent jusqu'à ses dernières conséquences un principe qui, juste en soi,

finir par enlever toute sanction à l'autorité paternelle et amoindrir outre mesure le droit de propriété. Enfin, sous le Consulat, la loi du 4 Germinal an VIII revient à des idées plus saines : elle étend d'abord la quotité disponible¹ ; elle permet ensuite au disposant de donner cette quotité soit par acte entre-vifs, soit par acte de dernière volonté, à toute personne, même au successible venant à la succession : « Ces dispositions, dit l'article 5, peuvent être faites au profit des enfants ou autres successibles du disposant, sans qu'elles soient sujettes à rapport. »

Malheureusement, les termes de cet article sont amphibologiques : la libéralité faite au profit d'un successible est-elle de plein droit dispensée du rapport ? Faut-il, au contraire, pour autoriser la rétention du donataire qu'une clause formelle de préciput soit insérée dans l'acte ? La question soulevée devant les tribunaux, est sagement tranchée par eux en ce sens qu'une clause de préciput doit être exprimée par le disposant². Comment en effet le législateur de l'an VIII aurait-il passé d'un extrême à l'autre, et, rejetant le système de Nivôse an II qui proscrivait tout avantage préciputaire, décidé que de plein droit

1. La quotité disponible est égale à une part d'enfant, quand le défunt laisse des descendants, sans qu'elle puisse jamais dépasser un quart ; elle est de moitié, s'il n'y a que des ascendants ou des frères et sœurs ; elle est des trois quarts, s'il n'existe que des héritiers collatéraux jusqu'au sixième degré.

2. Cass., 27 février 1849. S. 4849, 1, 557.

toute donation en faveur d'un successible se trouverait dispensée du rapport.

Malgré les améliorations introduites par la loi de Germinal, les anciens pays de droit écrit ne sont pas encore satisfaits : on trouve trop considérable la réserve des ascendants, et sans fondement la légitime des collatéraux. Aussi, lors de la préparation du Code civil, les rédacteurs du Code proposent-ils au Conseil d'Etat quelques modifications à la loi de Germinal dans le titre des Donations et des Testaments.

La discussion s'ouvre le 10 Février 1803 sur les art. 18 et 20 du projet qui doivent former les art. 913 à 916 et 919 du Code civil¹. Plusieurs systèmes sont proposés par Cambacérès, par Tronchet, par Malleville et par Portalis, pour la détermination de la légitime et de la portion disponible; mais il est à remarquer que pour tous ces jurisconsultes, la liberté de tester donnée au père lui est conférée bien plutôt, afin de lui permettre de répartir à son gré une fraction de son patrimoine entre ses enfants, que pour lui donner la faculté de gratifier des étrangers. La libéralité précipitaire est donc pleinement admise; mais souvent apparaît chez ces législateurs toujours imbus d'idées égalitaires, la crainte qu'un avantage excessif vienne blesser trop gravement l'égalité qu'ils désirent encore, tout en ne la proclamant pas absolument né-

¹. Fenet, t. XII, p. 299 et suiv.

cessaire. C'est ainsi que Berlier ¹ voudrait qu'un enfant ne pût jamais recevoir une portion excédant le double de celle de ses frères ; mais l'amendement n'est pas admis.

Enfin, après des hésitations nombreuses et des modifications fréquentes, il est décidé que les collatéraux n'auront point de légitime et que celle des ascendants sera de la moitié de leur part héréditaire. — Quant à la réserve en ligne directe descendante, elle est fixée à la moitié des biens héréditaires, s'il n'y a qu'un enfant ; au tiers, s'il y en a deux ; au quart, s'il y en a trois ou un plus grand nombre. La quotité disponible pourra toujours être donnée en tout ou en partie, soit par acte entre-vifs, soit par testament, aux enfants ou autres successibles du donateur, sans être sujette au rapport par le donataire ou le légataire venant à la succession, pourvu que la disposition soit faite par préciput et hors part.

1. *Ibid.* p. 312.

CHAPITRE II

DE LA DISPENSE DE RAPPORT

Les libéralités préciputaires sont permises dans le Code civil : l'article 843 proclame leur parfaite légalité ; mais bien que permises, elles sont l'objet de dispositions qui prouvent clairement que le législateur ne leur a point sacrifié, sans regret, le principe dominant de nos lois successorales, l'égalité entre les héritiers légitimes du défunt. Deux partis se présentaient en effet aux rédacteurs du code, en présence d'une libéralité faite au profit d'une personne, qui à la mort du disposant comptait parmi ses successibles. On pouvait ou bien permettre au donataire de venir à la succession en conservant l'avantage à lui conféré, toutes les fois que le donateur n'avait pas manifesté l'intention formelle d'imputer la donation sur la part héréditaire ; on aurait alors présumé que le don était préciputaire et qu'il devait s'ajouter de plein droit à la portion héréditaire recueillie par le successible. — Ou bien on pou-

vait imposer au donataire, qui voulait venir au partage avec ses cohéritiers, cette condition préalable, qu'il remit à la masse toute la valeur de la donation par lui recueillie ; c'était présumer chez le donateur le désir de maintenir entre ses successibles l'égalité absolue, sauf à ce dernier de manifester son intention contraire par une clause de préciput, qui ne pût laisser planer aucun doute sur ses volontés.

Le législateur prit ce dernier parti, et ne voulut voir dans les libéralités conférées par le défunt à l'un de ses héritiers présomptifs, que des avances de succession, des avancements d'hoirie, comme on disait dans l'ancien droit. Ainsi le don en avancement d'hoirie se dresse aujourd'hui en adversaire et en rival heureux de la libéralité préciputaire.

Toute donation entre-vifs, recueillie par l'un des successibles du donateur, est donc présumée ne lui avoir été faite que pour lui tenir lieu d'à-compte sur sa part héréditaire, au cas d'acceptation de l'hérédité : cette présomption, renfermée dans l'article 843, conserve sa force quel que soit l'ordre de parenté qui lie le défunt à son héritier légitime. Cet article, en effet, ne distingue pas entre les ascendants, les descendants et les collatéraux : il leur impose à tous l'obligation de rapporter la donation qu'ils ont pu recevoir du donateur défunt sans dispense de rapport. L'égalité devant régner d'une manière aussi complète en succession collatérale qu'en succession directe, le législateur a

supposé que disposant n'avait voulu dans aucun cas porter atteinte à cette égalité. La théorie du rapport se trouve donc avoir acquis dans le droit nouveau une importance nouvelle, puisqu'admis seulement par le droit coutumier en ligne directe descendante, il s'étend aujourd'hui même à la ligne collatérale. Tandis qu'autrefois un don fait sans dispense de rapport pouvait toujours être cumulé avec la part héréditaire par tout autre héritier qu'un descendant, ce cumul n'est plus aujourd'hui possible qu'en vertu d'une dispense expresse de rapport.

Mais l'article 843 pose une seconde présomption. Lorsque le donataire était à l'époque de la donation l'héritier présomptif du donateur, on peut admettre aisément que ce dernier n'ait voulu lui conférer qu'un simple avancement de droits successifs, estimant que lors de l'ouverture de la succession, le donataire imputerait son don sur sa part héréditaire. Mais cette présomption n'est plus satisfaisante, lorsque le donataire n'était pas l'héritier présomptif du donateur à l'époque de la donation, lorsqu'il n'est devenu le successeur du disposant que postérieurement à l'acte libéral. C'est alors une autre présomption qui doit servir de base à l'article 843 : le législateur suppose ou bien que le donateur n'aurait point fait le don, s'il avait prévu que le donataire deviendrait son héritier ; ou bien qu'il ne l'aurait fait dans tous les cas que sous la condition du rapport, afin de ne point rompre l'é-

galité. Puisque le disposant n'a pas ajouté la dispense de rapport, après que le donataire a pris rang parmi ses futurs héritiers, c'est qu'il a jugé l'avantage suffisant.

La clause de préciput est exigée dans les legs, comme la dispense de rapport dans les donations entre-vifs, pour qu'il soit permis au successible de cumuler le double bénéfice provenant et du titre de légataire et du titre d'héritier ; le Code est formel : nul héritier ne peut réclamer le legs à lui fait, si ce legs n'est expressément préciputaire. L'exigence de la loi paraît ici réellement excessive, car dès l'instant qu'elle ne proclame pas l'incompatibilité absolue des qualités de légataire et d'héritier, il aurait été plus logique de sous-entendre la clause de préciput. Le droit romain, qui à l'époque de Justinien demandait l'insertion d'une dispense de rapport dans les donations, pour autoriser le donataire à les conserver en sus de sa part héréditaire, voyait toujours un legs préciputaire dans le legs adressé par le testateur à l'un quelconque de ses héritiers : rien n'était plus conforme à la nature des choses. Le disposant qui gratifie son successible en lui adressant un legs, a sans aucun doute l'intention de faire un acte de libéralité véritable : or exiger la clause expresse de préciput, c'est enlever à la disposition faite sans cette clause presque tous ses effets, c'est donc très-probablement méconnaître l'intention réelle du disposant, c'est imposer un forma-

lisme rigoureux et vraiment inutile. Quoi qu'il en soit, l'article 843 ne peut laisser aucun doute.

« Tout héritier même bénéficiaire, venant à une succession, doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt par donation entre-vifs, directement ou indirectement; il ne peut retenir les dons ni réclamer les legs à lui faits par le défunt, à moins que les dons et legs ne lui aient été faits expressément par préciput et hors part, ou avec dispense de rapport. »

I

Justinien qui soumit à la *collatio bonorum* la constitution de dot et la donation *propter nuptias*, sans vouloir distinguer entre les héritiers légitimes et les héritiers testamentaires, n'admit qu'une seule exception : l'obligation de rapporter disparaissait *si expressim designaverit ipse testator se velle non fieri collationem*. — La jurisprudence et les auteurs ont naturellement rapproché la formule de la Nouvelle et celle employée par l'article du code civil. L'adverbe « expressément » doit avoir le même sens que le mot latin « *expressim* », or, comme le mot « *expressim* » équivaut à « *evidenter* », on a conclu que la dispense de rapport est suffisante, dès qu'elle résulte d'une manière évidente des termes employés par le disposant. — Ce que le législateur a voulu, c'est qu'aucun doute ne pût s'élever sur l'intention de ce dernier, c'est que cette intention

apparût certaine de l'ensemble des dispositions, sans qu'on dût rechercher dans des circonstances plus ou moins éloignées, des preuves suffisamment explicites.

La meilleure manière pour le donateur de manifester sa volonté, sera naturellement d'employer l'une des expressions que la loi présente comme des modèles de clarté et de précision. Mais ces expressions, pour être les plus claires, ne sont point indispensables. La loi, en un mot, n'a pas voulu imposer de termes sacramentels : outre qu'une exigence aussi rigoureuse paraîtrait mal à sa place dans une législation moderne, l'esprit général qui a présidé à la rédaction du titre des successions répugnerait à une interprétation trop littérale. Les rédacteurs du code ont accepté franchement et sans arrière-pensée la légalité des libéralités préciputaires, ils ont même jugé à propos d'affirmer cette légalité par deux fois dans les articles 843 et 919, pour mieux prouver qu'ils abandonnaient et le système des coutumes d'égalité parfaite, et le système des coutumes d'option. Mais comme d'autre part, le principe d'égalité domine la loi successorale, et que les avantages particuliers en faveur de l'un ou de plusieurs héritiers portent à ce principe une grave atteinte, la seule condition mise à la validité de ces avantages, a été du moins que l'intention libérale du disposant fût parfaitement claire : dès que la disposition parle d'elle-même, et certes l'emploi de termes sacramen-

tels n'est point nécessaire, la loi se tient pour satisfaite.

L'unanimité existe donc depuis longtemps dans la doctrine. Quant à la jurisprudence, elle décide invariablement que le disposant peut se servir de toute expression propre à manifester clairement sa volonté¹.

Il faut admettre également que la dispense de rapport et la clause de préciput sont suffisantes, lorsqu'elles résultent nécessairement de l'ensemble des dispositions, bien qu'elles ne soient pas littéralement exprimées.

Faisons l'application de ces idées en matière de legs d'abord. — Le legs peut être particulier ou universel.

Si le legs particulier dépasse en importance la part héréditaire afférente au légataire, l'intention libérale du disposant ne peut faire doute : il a certainement voulu rendre la situation du légataire particulièrement avantageuse ; mais en l'absence d'une clause expresse de préciput, cette intention libérale peut se traduire de deux manières. Peut-être le disposant a-t-il voulu, sans l'exprimer suffisamment, permettre au légataire de cumuler et sa part héréditaire et le bénéfice du legs ; mais peut-être aussi, n'a-t-il voulu que lui donner l'option entre l'une ou l'autre des deux qualités de légataire ou d'héritier, option qui ne laisse

1. Cass. 29 février 1817. *S. Coll. Nouv.* vol. 3, 1, 233.

pas que de lui faire une situation bien préférable à celle de ses cohéritiers, puisqu'il peut, à son choix, recueillir autant ou plus qu'eux. Il y a doute, non point sur l'intention libérale elle-même, mais sur l'importance de la libéralité. Il faut alors décider que le legs, au cas d'acceptation de l'hérédité, se confondra avec la part héréditaire du légataire, attendu que ni la dispense de rapport n'est expresse, ni la disposition ne parle d'elle-même.

Mais si le legs particulier est notoirement inférieur à la part héréditaire du gratifié, ne semble-t-il pas alors qu'en refusant de reconnaître à la disposition la qualité de legs préciputaire, on viole l'intention évidente du testateur ? Cette disposition n'est-elle pas assez claire par elle-même, pour que le légataire se puisse croire autorisé à réclamer, avec sa part héréditaire, le montant du legs particulier ? Peut-on supposer que le disposant n'ait voulu que laisser au légataire le choix entre une part héréditaire considérable et un legs de minime importance ?

Il faut ici distinguer entre un legs de corps certain et un legs d'argent ou de choses fongibles. Si le legs a pour objet un meuble de valeur, une œuvre d'art, un bijou, le disposant n'a peut-être voulu qu'assurer à son héritier la possession de cet objet précieux, en lui faisant éviter les risques du partage, mais sans vouloir le dispenser d'ailleurs de précompter son legs sur sa part héréditaire. Il en est de même lorsque le legs

porte sur l'un de plusieurs immeubles compris dans la succession du testateur; ce dernier n'a peut-être pas eu l'intention de conférer au légataire un avantage autre que la certitude de recueillir le bien légué lui-même, sans avoir à subir les hasards du partage.

Ici encore, l'intention du testateur n'apparaît point certaine du contexte et de la nature même de la disposition, force est donc de s'en tenir aux termes de l'article 843, qui ne veut chercher la preuve du préciput ou de la dispense de rapport que dans les paroles mêmes du testateur ou dans les circonstances intrinsèques de la disposition.

Mais au lieu de porter sur un corps certain, le legs particulier porte peut-être sur une somme d'argent. Si cette somme est d'importance minime par rapport à la portion héréditaire du successible, je n'hésite pas à décider que le legs doit être considéré comme préciputaire: c'est la seule manière de donner un sens à la disposition du testateur. Qu'on suppose par exemple une part héréditaire équivalant à 20,000 et un legs de 3,000 ou de 4,000 francs: la disposition parle d'elle-même; la volonté du défunt est évidente. On va sans doute objecter les termes précis de l'article 843; mais je réponds qu'il faut ainsi interpréter la volonté du défunt, ou bien lui refuser toute signification: ce dernier parti est inadmissible, dès l'instant que le préciput est évident, quoique non littéralement exprimé. Mais, bien entendu, l'évidenec

doit être incontestable ; il ne faudrait donc point donner la même interprétation, lorsque la différence entre le legs et la part héréditaire n'est pas très considérable, quelle que soit d'ailleurs l'affection que le testateur ait pu, sa vie durant, témoigner au légataire ; cette circonstance purement extrinsèque ne peut entrer en considération. Lorsque l'écart entre le montant du legs et la portion héréditaire n'accuse pas d'une manière évidente la volonté chez le testateur d'accorder une part avantageuse au légataire, il est permis de supposer que le disposant n'a voulu que laisser à ce dernier le choix entre se porter héritier, en acceptant d'avance les soucis que donne toujours la liquidation d'une succession, et renoncer à la succession, pour s'en tenir à un gain moins considérable sans doute, mais exempt de tous tracass.

Dans un legs universel, non seulement la clause de préciput et hors part n'a pas besoin d'être expressément mentionnée dans la disposition, mais elle ne s'y comprendrait même pas ; le testateur, en manifestant par le legs universel l'intention bien formelle d'écarter la dévolution de sa succession d'après les règles ordinaires de la loi, a clairement exprimé son intention de favoriser l'un de ses successibles à l'exclusion des autres. Sans doute la disposition ne sortira son plein effet, que s'il n'existe point d'héritiers à réserve ; mais, dans l'un et l'autre cas, qu'il y ait ou non des réservataires, la volonté d'avantager l'un des héritiers est

évidente. S'il n'existe point d'héritiers à réserve, le collatéral légataire universel n'a rien à craindre d'une action en rapport, puisque seul il se présente à la succession, et que le rapport ne peut exister que là où plusieurs sont appelés à l'hérédité. Quant à l'action en réduction, elle ne peut être intentée là où il n'y a point de réserve à protéger, puisque son rôle unique est de sanctionner le droit à la réserve. S'il existe, au contraire, des héritiers à réserve, ils auront naturellement le droit de faire respecter leur réserve, mais à cela devront se borner leurs prétentions : le défunt les a exclus de sa succession autant qu'il lui a été possible, et cette exclusion, quoique sans effet pour toute la portion indisponible, conserve toute son efficacité quant à la quotité disponible ; il ne peut, entre eux et le légataire universel, être question de rapport, mais seulement de réduction ; que viendrait donc faire une dispense expresse de rapport ¹ ?

Mais si la nature du legs universel rend complètement inutile la mention expresse de préciput, il n'en va plus de même pour les legs de quotité, les legs à titre universel, lors du moins que les différentes parties de la disposition n'impliquent pas d'une façon nécessaire, la volonté chez le disposant d'avantager l'un de ses successibles avec dispense de rapport.

Lorsqu'un testateur, mourant sans laisser d'héritiers à réserve, mais seulement des collatéraux, institue

1. Comp. Cass. 14 mars 1853, 53, 1, 267.

l'un d'eux légataire de la moitié ou du tiers de tous ses biens, rien n'indique chez lui le désir de voir le légataire recueillir à titre d'héritier légitime, une nouvelle portion des biens de la succession : ce que le testateur a très-probablement voulu, c'est que le légataire recueillît le tiers ou la moitié de l'hérédité, mais rien de plus. Ce dernier n'a qu'à renoncer à la succession légitime, pour se présenter en la qualité de légataire à titre universel ou d'héritier testamentaire. S'il vient à prétendre une part supplémentaire, en sa qualité d'héritier légitime, dans les autres biens de la succession, les autres successibles auront certainement le droit de repousser sa demande, en faisant valoir que non seulement la clause de préciput n'est pas expressément insérée dans la disposition, mais que la volonté chez le disposant de faire une libéralité préciputaire, ne ressort en aucune façon de la nature de la disposition : si le légataire accepte, il devra donc le rapport.

Néanmoins, tout cela n'est vrai qu'autant que le legs à titre universel dépasse en importance la vocation légitime du légataire. Si le testateur, ne laissant que deux cousins par exemple, a légué le quart de ses biens à l'un d'eux, la signification évidente de la disposition est ici, que le disposant a voulu conférer un avantage spécial à l'un de ses deux héritiers : le légataire pourrait donc cumuler avec le legs à titre universel, la moitié des autres biens existants.

Une grande différence existe, en effet, entre le legs particulier et le legs à titre universel : le légataire à titre particulier demeure absolument étranger à toutes les difficultés que peuvent soulever la liquidation et le règlement d'une succession ; on comprend donc que le testateur ait pu voir dans le legs à titre particulier, même inférieur à la part héréditaire du légataire, un avantage véritable, bien que cet avantage ne soit point précipitaire. Au contraire, le légataire à titre universel doit procéder avec les héritiers légitimes à toutes les opérations héréditaires, au paiement des dettes, à la délivrance des legs particuliers, au partage, etc.. Pour donner un sens au legs à titre universel inférieur à la part héréditaire du successible gratifié, il faut par la force même des choses, y voir un legs par préciput et hors part.

Lorsque le testateur, qui laisse des héritiers réservataires, lègue à l'un d'eux sa quotité disponible, il faut également distinguer suivant que la quotité disponible se trouve supérieure ou inférieure à la part héréditaire de l'enfant gratifié. Ce dernier, par exemple, a-t-il quatre frères ou sœurs ; comme sa vocation légitime ne lui donne droit qu'à un cinquième de la succession, comme son droit d'option entre renoncer et recevoir un quart, ou accepter et ne recevoir qu'un cinquième, constitue en sa faveur un avantage incontestable, le légataire devra ou renoncer à la succession ou renoncer à réclamer son legs. La loi, à tort

ou à raison, présume que le testateur n'a pas voulu léguer par préciput; d'autre part, la disposition n'a rien qui soit inconciliable avec cette présomption de la loi; il est donc impossible de permettre au légataire de cumuler sa part héréditaire avec la quotité disponible. Au contraire, si la quotité disponible est égale ou inférieure à la part héréditaire de l'enfant légataire, si par exemple, le défunt laisse quatre, trois ou deux enfants, le légataire pourra réclamer son legs en prenant part à la succession : lui reconnaître ce droit est l'unique façon d'interpréter la disposition du testateur, dont l'évidence de l'intention ressort de la disposition même. La présomption de non-préciput que renferme l'article 843 disparaît ou par la déclaration formelle de préciput, ou par l'incompatibilité manifeste de cette présomption avec la nature de la disposition : or cette incompatibilité n'est-elle pas évidente dans l'hypothèse où la quotité disponible, objet du legs, se trouve inférieure ou même égale à la part héréditaire que recueillerait le légataire, si le testateur n'avait en rien modifié la dévolution légitime de la succession *ab intestat* ?

La jurisprudence décide sans distinction, que le legs de la quotité disponible peut être recueilli par le légataire, quand il accepte la succession. Cette décision, dans sa généralité est, croyons-nous; certainement contraire à la volonté du législateur¹.

1. Comp. Caen, 16 décembre 1850, S. 1851, 2, 425.

Du reste, si le père en légua la quotité disponible à l'un de ses enfants, déclare en même temps lui conférer tous les avantages permis par la loi, il ne faut pas hésiter à reconnaître dans cette formule un équivalent de la dispense de rapport ; ces avantages ne sont complets en effet que s'ils ne doivent pas être rapportés ; mais en pareil cas, la clause de préciput ne résulte plus seulement de la nature de la disposition, elle est expresse : le légataire pourra donc, en s'appuyant sur les termes mêmes employés par le testateur, réclamer avec sa part héréditaire, la quotité disponible, quelle que soit l'importance de cette quotité relative à la part héréditaire¹.

Le legs universel, et le legs à titre universel avantageux, ne sont pas les seules dispositions qui, par leur nature même, rendent inutile l'insertion de la clause de préciput. On peut supposer qu'un ascendant procédant au partage de ses biens entre ses héritiers présomptifs, confère à l'un d'eux certains avantages, sans prendre la précaution d'inscrire la dispense de rapport ou la clause de préciput dans la donation ou dans le testament. Cette omission va-t-elle donc avoir pour conséquence d'entraîner, pour le donataire ou pour le légataire, l'obligation de rapporter ? On devrait répondre affirmativement, si la nature même du partage d'ascendant n'avait pas pour effet d'écarter toute possibilité du rapport : l'ascendant qui use de la faculté que

1. Paris, 28 juillet 1825, S. 1826, 2, 23.

lui reconnaît la loi de répartir lui-même son patrimoine entre ses enfants, a précisément l'intention de prévenir les contestations que pourrait après sa mort susciter le partage de sa succession; s'il donne ou s'il lègue à l'un de ses descendants, il donne ou il lègue par préciput, par ce fait même que la libéralité se trouve comprise dans l'acte de partage. Nous déciderons donc sans hésiter que la dispense de rapport, si le partage est fait entre-vifs, la clause de préciput, si le partage est testamentaire, quoique non exprimées, résultent nécessairement de la nature de l'acte qui renferme le legs ou la donation¹.

Mais si la clause de préciput n'est pas indispensable dans les actes de ce genre, elle peut être parfois très-utile. Le partage d'ascendant peut en effet être annulé en tant que partage, soit parce qu'un héritier présomptif n'y a point figuré, soit pour lésion de plus du quart, atteinte à la réserve, avantage excessif en faveur de l'un des copartageants. Eu pareil cas, la libéralité, soit legs, soit donation, faite par l'ascendant à l'un de ses enfants, n'en demeure pas moins valable, dès qu'elle n'est point un accessoire du partage: si donc la clause de préciput a été insérée, l'enfant avantage pourra faire valoir ses droits de légataire en même temps que ses droits d'héritier; mais si cette clause n'existe pas, la nullité du partage d'ascendant rendant un nouveau partage nécessaire, le légataire

1. Comp. Caen, 2 décembre 1847, S. 1849, 2, 193.

se trouvera astreint au rapport. L'obstacle qui s'opposait au rapport, disparaît ; on se trouve donc en présence d'une libéralité ordinaire, et le donataire ou légataire ne peut plus conserver son don ou réclamer son legs qu'en abandonnant sa part héréditaire, en répudiant la succession.

Une donation faite sans dispense expresse de rapport, peut avoir été conférée par un père à son fils, à charge par le donataire de transmettre à ses enfants le bien donné. Comme l'incompatibilité de l'obligation de rapporter avec l'obligation de restituer est manifeste, il faut ici encore décider que l'enfant donataire, malgré l'absence de la clause expresse de préciput, aura le droit de ne point rapporter à ses cohéritiers. L'intention du disposant ne peut faire doute : il a voulu donner à son fils une fraction de son disponible, car la substitution fidéicommissaire ne peut avoir pour objet une portion de la réserve¹. La nature de la disposition empêche absolument que le donataire soit jamais privé du bien donné, ce qui pourrait arriver si la clause de préciput n'était point sous-entendue.

La jurisprudence décide comme nous, qu'en principe la clause de préciput doit dans les donations entre-vifs non déguisées et dans les testaments, ou bien être expresse, ou bien résulter nécessairement de l'ensemble des dispositions. Néanmoins, dominés par l'idée que la présomption de l'article 843 se trouve souvent

1. Cass. 16 juin 1830, *Dall.* 1830, 1, 345.

contraire aux intentions probables du disposant, ce que d'ailleurs nous n'hésitons pas à reconnaître, les tribunaux se sont parfois écartés de l'application rigoureuse du texte de la loi, en recherchant en dehors de l'acte, dans les circonstances et les faits de la cause la volonté probable du disposant. Cette tendance, doit être sévèrement condamnée ¹.

II

Il faut donc tenir pour certain qu'une libéralité doit être considérée comme précipitaire, non seulement lorsque le disposant a en termes expresses, mais quelconques, manifesté son intention d'écarter l'obligation du rapport, mais encore lorsque la raison d'être de la disposition et son caractère intrinsèque, impliquent nécessairement la dispense de rapport.

Ces principes une fois posés, que faut-il penser des libéralités déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux et des libéralités sans forme, comme le don manuel? Ces libéralités sont-elles censées faites avec dispense de rapport? Le déguisement ou le secret dont elles se couvrent équivaut-il à la clause expresse de préciput?

Pour soutenir l'affirmative dans cette controverse difficile, deux arguments ont été présentés. L'article 843, a-t-on dit d'abord, est étranger aux dona-

1. Comp. Cass. 40 juin 1846, S. 46, 1, 541.

tions déguisées ; de plus, a-t-on ajouté, en admettant même que l'article 843, qui pose le principe du rapport de toutes les libéralités, quelles qu'elles soient, s'étende à cette sorte de libéralités, du moins ces dernières tombent-elles dans l'exception comprise en cet article : le déguisement équivaut à une véritable dispense de rapport, puisque la dispense de rapport peut être indifféremment expresse ou virtuelle.

L'article 843 assujettit au rapport tout ce que le successible a reçu du défunt directement ou indirectement, mais il faut bien s'entendre sur la valeur de ces termes « avantages indirects ». L'avantage indirect est d'abord l'avantage que le successible reçoit par le fait même du défunt, mais sans que lui, successible et bénéficiaire de l'acte, ait à jouer un rôle actif. — Ainsi le défunt a pu payer les dettes de son successible, en désintéressant directement les créanciers de ce dernier ; peut-être le père a-t-il renoncé à une succession qu'il était appelé à recueillir en même temps que son fils ; il s'est porté caution de son héritier présomptif, et poursuivi par le stipulant, il a payé sans recourir contre le débiteur principal. — Dans toutes ces hypothèses, et autres analogues, le successible n'a joué aucun rôle, mais le profit par lui retiré n'en est pas moins évident. L'avantage indirect, c'est encore le profit résultant pour le successible d'un acte à titre onéreux par lui passé avec le défunt, lorsque le défunt a volontairement et ouvertement consenti à l'insertion

de certaines clauses très-favorables à son cocontractant. Ainsi le défunt a vendu à l'un de ses héritiers présomptifs un immeuble valant cinquante mille francs pour la somme de quarante mille francs : l'abaissement du prix n'a eu pour cause que la qualité de l'acheteur.

Dans tous ces exemples de libéralités indirectes, le rapport est ordonné soit par l'article 843, soit par l'article 853, ce dernier visant précisément la remise à la masse héréditaire de tous les profits résultant pour l'héritier des conventions passées avec le défunt, lorsque ces conventions présentaient quelque avantage indirect. Mais tout s'est passé à ciel découvert ; point de voiles, nulle dissimulation.

La loi ne prévoit l'hypothèse d'une libéralité déguisée que dans l'article 918 ; elle suppose qu'un père a dissimulé une donation faite à l'un de ses enfants sous les apparences d'une vente à fonds perdu. Mais alors, bien loin de reproduire les principes énoncés dans l'article 843, elle déclare qu'il y a libéralité préciputaire, et que la valeur du bien aliéné doit être imputée sur la quotité disponible. — Cette disposition d'ailleurs n'est qu'une conséquence de la nature même de la donation déguisée : si la donation déguisée est valable, elle ne doit uniquement sa validité qu'au masque qui la couvre ; ce masque qui suffit à valider la donation, doit également suffire à exclure toute idée de rapport, puisque le rapport demeure étranger à tous actes à titre onéreux. Sinon, il faut dire que la dona-

tion déguisée est nulle, radicalement nulle ; il ne s'agira plus alors d'une action en rapport de la donation déguisée, mais bien d'une action en nullité. La libéralité faite sous le voile d'un contrat à titre onéreux ne peut donc avoir été comprise dans les termes de l'article 843, quelque généraux qu'on les suppose. Si l'on veut enfin avoir la certitude que le code n'a pas confondu les libéralités déguisées avec les libéralités simplement indirectes, il suffit de se reporter à l'article 1099, qui distingue très-nettement dans ses deux paragraphes, d'abord les donations indirectes, ensuite les donations déguisées.

Ces arguments ne manqueraient point d'une certaine force, si l'on pouvait réellement admettre que les libéralités déguisées formassent dans notre droit une classe absolument distincte de donations, qui ne se rattacherait en aucune manière, aux libéralités directes ou indirectes, mais patentes. Malheureusement pour nos adversaires, il n'en est point ainsi : la libéralité dans notre droit existe par elle-même, indépendamment de toute forme ; elle réside essentiellement dans l'idée d'avantage purement gratuit ; peu importe sa manière d'être ; la forme peut varier, mais la libéralité demeure libéralité. Elle peut être directe ou indirecte, patente ou dissimulée, directe et patente, comme la donation par acte notarié ; directe et dissimulée, comme le don manuel ; indirecte et patente, comme l'avantage contenu dans un contrat véritablement fait à titre onéreux ; indirecte et dissimulée,

comme l'avantage masqué sous le voile d'un prétendu acte à titre onéreux : toutes ces manières d'être différentes n'empêchent point qu'il y ait libéralité, et libéralité rapportable, dès l'instant que, pour arrêter l'action en rapport, le donataire ne peut opposer une clause de préciput expresse ou virtuelle.

D'ailleurs peut-on trouver une expression plus générale que celle employée par l'article 843? Toute donation doit être nécessairement directe ou indirecte : une troisième catégorie de donations ne se peut concevoir. Il faut donc rapporter toutes les libéralités reçues du défunt, quelle qu'en soit la forme, car ces libéralités seront toujours ou directes ou indirectes.

Pothier, qui lui aussi traitait des libéralités indirectes au sujet du rapport, comprenait au premier rang de ces libéralités les donations déguisées. « Les avantages même indirects sont sujets à rapport : telles sont les donations que le défunt aurait faites à l'un de ses enfants par l'interposition d'une tierce personne, ou celles qui auraient été déguisées sous l'apparence d'un autre contrat. Par exemple, lorsqu'un père vend à l'un de ses enfants un héritage pour un prix au-dessous de la juste valeur, un tel acte est réputé une donation déguisée sous le nom de vente, et l'enfant est tenu de rapporter l'héritage à la succession qui lui doit faire raison du prix que le défunt a reçu¹. » Il est

1. Cout. d'Orléans. Introduction au titre des *Successions*, art. III, par. 1.

évident que Pothier traite de la même manière les donations indirectes et les donations déguisées, et qu'il considère même les donations indirectes comme constituant presque toujours des donations déguisées. « Pareillement, la quittance qu'un père a donné à son fils d'une somme qu'il lui devait, passera pour une remise et un avantage sujets à rapport, s'il y a des circonstances assez fortes pour qu'il en résulte une preuve que cette somme n'a pas été payée¹. » La terminologie qu'on essaie d'introduire et qui consisterait à distinguer les donations déguisées des donations directes ou indirectes, ne repose sur aucun fondement. Pour tout esprit non prévenu, il ressort avec clarté que la donation déguisée n'est qu'une simple variété de la donation indirecte.

Quant à l'article 918, s'il impute la valeur du bien aliéné à fonds perdu sur la quotité disponible, ce n'est point, comme on essaie de le faire admettre, parce que le défunt passe pour avoir disposé par préciput, mais parce qu'il est à peu près impossible de savoir, si dans une aliénation à fonds perdu l'opération a été sérieuse : l'acheteur a-t-il réellement payé les arrérages de la rente viagère ? nul ne le sait ; ces arrérages, en admettant qu'ils aient été versés, ont été dépensés sans laisser aucune trace de leur passage dans le patrimoine du vendeur ; il est donc impossible d'en prouver le paiement. Peut-être y a-t-il eu vraiment contrat

1. *Successions*, chap. IV, art. III, par. 2.

onéreux, peut-être n'y a-t-il eu que donation déguisée : dans le doute, l'art. 918 établit une cote mal taillée ; devant cette convention suspecte, il présume qu'il y a eu donation ; mais comme le rapport, au cas d'aliénation véritable à titre onéreux, pourrait trop gravement léser l'enfant acheteur ou donataire, la loi le dispense du rapport. Voilà la portée véritable de l'article 918 : le généraliser serait une faute. Dans les donations déguisées ordinaires, le déguisement peut être assez facilement prouvé : car il consiste le plus souvent en une quittance simulée d'un prix de vente, c'est-à-dire d'un capital qui, s'il a été payé, a certainement laissé quelque trace dans le patrimoine du vendeur.

Soit, reprennent quelques auteurs, l'article 843 par la généralité de ses expressions, doit comprendre toutes les libéralités, quelles qu'elles soient, directes ou indirectes, avouées ou déguisées : mais à côté du principe général qui exige le rapport se rencontre l'exception. Il n'y a plus rapport, dès qu'il y a clause de préciput expresse ou sous-entendue : le déguisement n'est-il pas un indice assez sérieux de l'intention du disposant, qui sans doute a voulu dispenser le donataire de l'obligation de rapporter ? Il doit donc appartenir aux juges du fait d'examiner cette intention du disposant et d'y donner pleine satisfaction. Telle est la doctrine de la Cour de Cassation : le dernier pourvoi sur lequel elle a statué, s'attaquait à un arrêt de la Cour de Paris, qui n'avait pas considéré comme dispensée du rapport la

donation déguisée qui lui était soumise : la Cour Suprême rejeta le pourvoi, il est vrai, mais en se fondant uniquement sur cette considération, que les juges du fait pouvaient seuls, d'après les circonstances de la cause, apprécier sûrement la volonté véritable du disposant ¹.

Ainsi d'après la jurisprudence, le déguisement aurait pour effet non point d'équivaloir à une clause expresse de préciput, mais de rendre au moins possible la recherche de l'intention du disposant dans les circonstances de la cause.

On a tout au moins raison dans ce système, de ne point voir dans la seule simulation la preuve de la dispense de rapport : le déguisement en effet a pu être employé par le disposant pour cacher à ses autres héritiers l'avancement d'hoirie fait en faveur de l'un d'eux, ou pour éviter le paiement de droits de mutation relativement considérables. Mais on s'écarte de la véritable interprétation de l'art. 843, lorsqu'on s'autorise de la simulation pour aller chercher dans des circonstances étrangères à la disposition, la véritable intention du donateur. La dispense de rapport doit être évidente, or elle n'est pas évidente, dès qu'elle n'est ni expresse ni virtuelle. La donation déguisée doit donc être rapportée comme toute autre libéralité : la théorie de la jurisprudence est contraire au texte et à l'esprit de l'article 843.

C'est ce qu'ont fort bien compris quelques auteurs.

1. Cass. 18 août 1862, S. 1863, 1, 265.

Ils ont déplacé la question; peu important, disent-ils, les intentions du disposant, car ces intentions ont pu être diverses, mais quelles qu'elles aient été, la simulation n'en existe pas moins, or la simulation doit être considérée comme une clause virtuelle de préciput : elle n'est point entachée de fraude, car d'une part le donataire est parfaitement capable de recevoir, et d'autre part le donateur a sans aucun doute le droit de dispenser du rapport. Il n'y a par suite ni fraude à la loi, ni fraude aux droits des cohéritiers du donataire. Il faut donc s'en tenir aux formes de l'acte à titre onéreux, ces formes ne recouvrant rien d'illicite : or, pour les actes à titre onéreux, la question du rapport ne saurait exister. « Il résulte que, de même que l'on ne pourrait exiger le rapport d'objets qui auraient été en réalité transmis par un acte à titre onéreux, de même on ne peut demander le rapport d'objets compris dans une donation déguisée sous la forme d'un contrat de cette nature, à moins de prouver d'une part, que l'acte est simulé, et d'autre part que le donateur a manifesté au donataire l'intention de soumettre au rapport la libéralité qu'il lui conférerait, et qu'ainsi ce dernier abuse de la simulation en se refusant à l'accomplissement de cette obligation. ¹ » Ainsi, d'après MM. Aubry et Rau, c'est aux cohéritiers du donataire à prouver que le donateur n'a point voulu faire une donation

1. Aubry et Rau, VI, p. 644, n. 17, *in fine*.

préciputaire : il leur faut d'abord fournir cette preuve, afin de pouvoir ensuite arracher le masque qui couvre le prétendu acte à titre onéreux. Jusque là, comme la fraude du donataire n'est point prouvée, la libéralité reste couverte du voile menteur qui la défigure, elle ne peut pas plus être sujette à rapport, que ne le peut être un véritable contrat onéreux.

Ce système, quelque spécieux qu'il soit, ne peut nous satisfaire. D'abord MM. Aubry et Rau ont le tort de déplacer la question et de prétendre « qu'il ne s'agit point tant ici de savoir dans quelle intention le défunt a eu recours à la simulation, que de savoir si cette dernière n'emporte pas, d'après les principes qui la régissent, une dispense virtuelle de rapport. » Le débat véritable roule sur une question d'intention, sur l'intention du disposant : et, quoi que prétendent nos adversaires, eux-mêmes ramènent la discussion sur cette question d'intention, en imposant aux cohéritiers du donataire, quand ils demandent le rapport, l'obligation de prouver que le donateur n'a pas voulu dispenser du rapport. — De plus, comment considérer le déguisement de la libéralité comme une clause virtuelle de préciput, et comment admettre en même temps que, malgré ce préciput virtuel, l'intention chez le donateur d'imposer le rapport, peut quelquefois s'induire de certaines circonstances plus ou moins particulières ? Raisonner ainsi, c'est en définitive reconnaître que la dispense de rapport résulte non point

du déguisement, mais de l'ensemble des dispositions ou des circonstances qui les accompagnent.

Mais, dit-on, le rapport, quand il s'agit d'un acte à titre onéreux ne se conçoit point, et la libéralité doit passer pour un véritable acte onéreux, tant que la fraude du donataire n'est pas prouvée. — L'article 853, qui soumet au rapport les profits retirés de conventions passées avec le défunt, lorsque ces conventions présentaient quelque avantage indirect, nous semble répondre d'une manière péremptoire à cette objection qu'en matière d'actes à titre onéreux, on ne saurait être admis à parler de rapport. — On écarte, il est vrai, l'article 853, parce qu'il traite de libéralités non déguisées, quoique indirectes. — Nous admettons qu'en effet cet article ne parle que de libéralités indirectes patentes; mais nous n'en avons pas moins le droit de conclure qu'aux yeux de la loi, le détour employé sans simulation ne met aucun obstacle à ce que la question de rapport soit agitée en matière d'actes à titre onéreux. Force est donc de reconnaître que la seule différence entre la donation indirecte patente et la donation indirecte déguisée, réside uniquement dans l'intention qui a pu dicter la conduite du disposant; or le désir de ce dernier pouvait fort bien n'être que d'éviter des formes gênantes ou des droits de mutation considérables: rien ne prouve qu'il ait voulu dispenser le donataire de l'obligation de rapporter. — Malgré la grande autorité de nos adversaires, nous n'hésitons pas à

soumettre à la commune loi du rapport les donations déguisées sous la forme de contrats à titre onéreux.

Même décision quant aux dons manuels, que ces dons soient faits ouvertement ou d'une manière secrète. Le secret dont on les entoure ne prouve pas d'une manière évidente, l'intention chez le donateur de les dispenser du rapport, et nous ne pouvons admettre qu'on aille rechercher cette intention dans les autres faits de la cause : l'article 843 s'y oppose formellement. Il faut, pour rester dans la vérité, répéter encore que la dispense de rapport est seulement sous-entendue, lorsque la nature même de la disposition implique cette dispense d'une façon évidente et nécessaire. La jurisprudence fait certainement fausse route, lorsqu'elle permet aux tribunaux d'apprécier quelle a pu être l'intention du disposant, en examinant les faits de la cause et les circonstances particulières dans lesquelles le don manuel est intervenu ; mais son erreur n'est qu'une conséquence naturelle de l'opinion qu'elle adopte sur le rapport des libéralités déguisées ¹.

III

Les articles 847 et 849 déclarent que les dons et legs faits au fils ou au conjoint de celui qui se trouve successible à l'époque de l'ouverture de la succession,

1. Cass. 19 nov. 1861, S. 62, 1, 145 ; 3 mai 1864, S. 64, 1, 273 ; 12 mars 1873, S. 73, 1, 208.

sont toujours réputés faits avec dispense de rapport. Quel sens doit-on donner à ces expressions? Faut-il de ces deux articles conclure que le législateur a vu dans les donations faites par personnes interposées des donations dispensées du rapport? Faut-il, au contraire, considérer comme n'ayant aucun sens, ou comme exprimant mal la volonté du législateur, les termes employés par les articles 847 et 849.

Dans nos anciennes coutumes, il était généralement admis qu'en ligne directe descendante les qualités d'héritier et de donataire étaient incompatibles; la même incompatibilité était proclamée, mais d'une façon beaucoup plus complète, entre les qualités d'héritier et de légataire. Un moyen bien simple, trop simple, de tourner ces prohibitions se serait présenté, si les coutumes n'y avaient pris garde: le père, désireux d'avantager l'un de ses héritiers, n'aurait eu qu'à donner ou à léguer à une tierce personne avec prière de restituer le montant de la donation ou l'objet du legs au véritable destinataire. Mais ces donations tombaient sous le coup du rapport en tant que donations indirectes: « Les avantages même indirects, disait Pothier, sont sujets à rapport; telles sont les donations que le défunt aurait faites à l'un de ses enfants par l'interposition d'une tierce personne¹. » Il suffisait aux cohéritiers du véritable donataire de prouver l'interposition de personne; sitôt l'interposition prou-

1. Pothier, *Cout. d'Orléans*, Introd. au tit. des *Succes.* n° 77.

vée, le rapport devenait obligatoire. Cette preuve n'était même pas toujours demandée. « Ce qui a été donné aux enfants de ceux qui sont héritiers, disait l'article 303 de la coutume d'Orléans, et viennent à la succession de leur père, mère ou autres ascendants, est sujet au rapport ou à moins prendre. » Il y avait, en pareille hypothèse, présomption d'interposition de personne, et les auteurs étendaient la présomption à la donation faite par un père à son gendre : la fille devait rapporter. On appelait ces rapports rapports pour autrui.

M. Demolombe et les auteurs qu'il cite estiment que les rédacteurs du Code, en insérant les articles 847 et 849, ont eu simplement l'intention de proscrire d'une façon absolue les rapports pour autrui. Ils n'ont point voulu tirer de l'interposition de personne une présomption de dispense de rapport. Sinon, il faudrait décider que le fils est le véritable donataire, que c'est de lui par conséquent que le petit-fils tient l'objet de la donation, que ce dernier doit donc rapporter à la succession de son père la libéralité de lui reçue ; or, dit l'article 850, le rapport ne se fait qu'à la succession du donateur, et le donateur, ici, c'est l'aïeul. Il n'y a donc pas interposition de personne, le véritable donataire est le petit-fils ; il ne saurait dès lors être question d'une présomption légale de préciput, fondée sur une interposition de personne imaginaire¹. On

1. Demol. *Successions*, IV, nos 189 et suiv.

doit négliger les mots, deux fois répétés il est vrai, « sont réputés faits avec dispense de rapport », et les remplacer par le deuxième alinéa de l'article 847, qui seul exprime réellement les intentions du législateur. « Le père venant à la succession du donateur, n'est point tenu de les rapporter. »

L'opinion soutenue par M. Demolombe a le tort de ne pas rendre un compte exact des hypothèses prévues et réglées par le Code. La donation faite par un grand-père à son petit-fils, ou par un beau-père à son gendre peut avoir deux caractères différents : elle est ou réelle ou feinte.

Si cette donation est réelle, le petit-fils est le véritable donataire, dès lors, son père, appelé à la succession du donateur, ne peut être contraint à rapporter dans notre droit, en effet, on ne rapporte que ce que l'on a personnellement reçu ; les rapports pour autrui sont inconnus. Le petit-fils, de son côté, lorsqu'il recueille la succession de son père, ne lui devra point le rapport, puisqu'il est seulement donataire de son aïeul et que le rapport n'est dû qu'à la succession du donateur. Cette première hypothèse ne présente aucune difficulté.

Mais voici la seconde : le don fait par le grand-père à son petit-fils n'est qu'un détour employé par le donateur. Le véritable donateur est le fils du disposant, et ce fils, grâce à la restitution de l'intermédiaire, se trouve nanti de l'avantage à lui destiné. Que faudra-

t-il décider quant au rapport de cette donation ? — Si vous ne voyez dans les articles 847 et 849 que l'interdiction des rapports pour autrui, vous déciderez, malgré le texte formel de la loi, qu'une pareille donation doit être rapportée par le fils du donateur, comme tout autre avantage direct ou indirect, et vous ne tiendrez nul compte de la dispense de rapport prononcée par les deux articles. — Mais cette solution radicale vous effraie ; alors, comme Duranton ¹, vous allez imaginer une présomption légale, en vertu de laquelle le don fait par un donateur à son petit-fils ou à son gendre sera réputé lui avoir été réellement destiné ; jamais l'on ne pourra prouver l'interposition de personne, et jamais, par conséquent, le rapport n'aura lieu. Vous substituerez ainsi une présomption légale de pure invention à une présomption légale véritable, qui se trouve en toutes lettres insérée dans les articles 847 et 849.

Toutes ces interprétations sont divinatoires, et M. Demolombe n'échappe pas au reproche qu'on a le droit de lui faire, parce qu'il ne voit dans cette présomption qu'une présomption *juris tantum*, tandis que Duranton y reconnaît une présomption *juris et de jure*. — Le Code, au point de vue qui nous occupe, n'a point à se défier des donations par personne interposée ; il faut donc donner aux articles 847 et 849 toute leur portée ; cette portée est double : dans le cas de non-

1. Cours, VIII, 317.

interposition de personne, proscription du rapport pour autrui ; dans le cas d'interposition de personne, dispense de rapport présumée d'après l'intention probable du disposant.

Et qu'on ne nous oppose point notre solution toute différente en matière de donations déguisées sous le voile de contrats à titre onéreux. Ici, en effet, c'est la loi même qui parle et qui voit dans l'interposition de personne une dispense tacite de rapport. De plus, l'interposition de personne ne laisse aucun doute sur l'intention certaine, chez le disposant, de conférer un avantage précipitaire : ce n'est, en effet, ni le désir d'éviter des droits onéreux, ni la volonté d'échapper à des formalités gênantes, ni la crainte de froisser quelques-uns de ses futurs héritiers, qui dicte sa conduite au donateur. Malgré l'interposition, les droits seront payés, les formalités subies, le froissement produit ; si donc elle peut avoir quelque signification, elle doit évidemment signifier : dispense de rapport. C'est du moins l'opinion du législateur.

Mais nous n'admettons pas avec MM. Aubry et Rau ¹, que l'interposition de personne emporte dispense de rapport, quelle que soit la personne interposée : les présomptions légales ne peuvent d'abord jamais être étendues d'un cas à un autre ; de plus, lorsque le donateur se sert de l'intermédiaire d'une personne étrangère pour faire un don à l'un de ses enfants, ce

1. Aubry et Rau, VI, p. 640.

doit être surtout pour éviter de mécontenter ses enfants non gratifiés; l'intention de dispenser du rapport n'est donc plus évidente, et nous appliquons l'article 843.

IV

La dispense de rapport en principe doit être expresse : quel acte doit donc renfermer cette dispense expresse? Est-ce seulement l'acte de libéralité lui-même? La dispense ne peut-elle pas survenir postérieurement à la donation? Quelles sont enfin les formes extrinsèques de la clause de préciput?

L'article 919 a pris soin de déterminer sur ce point les exigences de la loi : « La déclaration que le don ou le legs est à titre de préciput ou hors part, pourra être faite soit par l'acte qui contiendra la disposition, soit postérieurement dans la forme des dispositions entre-vifs ou testamentaires. »

La clause de préciput, jointe à une libéralité soit entre-vifs, soit testamentaire, est un véritable redoublement de la donation : c'est une nouvelle libéralité qui vient compléter la première, et lui donner plein et entier effet, puisque le donataire, pour conserver le bénéfice de son don, n'aura plus à se prémunir contre l'obligation du rapport par la renonciation à la succession du donateur. Il est donc naturel qu'en principe la clause de préciput ou de dispense de rapport revête les for

mes exigées par la loi pour la validité des donations.

Le plus souvent d'ailleurs, la clause de préciput suivra immédiatement le don fait entre-vifs ou le legs contenu dans le testament : mais il peut arriver aussi que la libéralité et la clause de préciput soient disjointes, que la volonté libérale du disposant ait passé, pour ainsi dire, par deux phases successives. Le disposant, d'abord, n'a voulu donner qu'en avancement d'hoirie, puis il a désiré parachever sa libéralité en la rendant préciputaire : la dispense de rapport vient s'ajouter à la donation antérieure, en prenant elle-même toutes les apparences d'une nouvelle donation.

La question de forme se résout aisément : la dispense de rapport doit revêtir les formes ordinaires des donations entre-vifs ou des libéralités testamentaires. Elle a donc son existence propre, distincte.

Mais pour que la clause de préciput postérieure produise ses effets, il faut naturellement que la donation antérieure qu'elle vient compléter soit elle-même valable : la clause de préciput, malgré son existence distincte en tant que nouvelle donation, doit suivre le sort de la première libéralité à laquelle elle s'ajoute, car elle n'en est que le complément. La dispense de rapport, même régulièrement constituée, ne pourrait donc jamais rendre la vie à la donation antérieure qui, pour une cause ou une autre, se trouverait frappée de nullité.

La clause de préciput qui survient postérieurement à la donation n'a point d'effet rétroactif ; elle ne produit son effet qu'à sa date. Les donataires qui tiennent leurs droits de l'époque intermédiaire entre le don en avancement d'hoirie et la dispense de rapport, n'ont donc rien à redouter de cette transformation de l'avancement d'hoirie en libéralité préciputaire : le préciput ne se trouve valable que pour la seule fraction demeurée libre de la quotité disponible. Cette non-rétroactivité n'est qu'une conséquence nécessaire de l'existence propre, en tant que donation nouvelle, de la clause de préciput.

Cette clause, qui n'est point rétroactive, n'est elle-même irrévocable, que si elle a pris la forme d'une donation entre-vifs : si elle se trouve contenue en un testament, elle est révocable comme lui, bien que la première libéralité ne puisse recevoir aucune atteinte en sa qualité de donation entre-vifs.

Mais la clause de préciput, avons-nous dit, accompagne le plus souvent la libéralité qu'elle complète : en pareille hypothèse, elle perd sa qualité d'acte distinct, elle perd son existence propre et se soumet à la règle générale : *accessorium sequitur principale*. Si donc la libéralité a pris la forme d'une donation déguisée, la dispense de rapport pourra être valablement insérée dans le faux acte à titre onéreux : aucun doute ne peut s'élever, car l'article 919-2° dit expressément que la clause de dispense de rapport est vala-

blement inscrite dans l'acte qui contient la disposition ; il n'exige de formes régulières que pour la clause de préciput distincte et séparée.

Dès l'instant qu'on reconnaît la validité des donations déguisées, force est d'accorder pleine valeur à la dispense de rapport insérée dans ces donations. Cette dispense n'est qu'une clause accessoire de l'acte ; et comme la déclaration de volonté du donateur est expresse, l'article 843 se trouve littéralement observé. La question de savoir si la dispense de rapport peut être contenue dans une donation déguisée ou indirecte, ne souffre donc point difficulté. Mais que décider sur les clauses de préciput qu'on voudrait adjoindre à un don manuel ?

Le don manuel, nous l'avons vu, est rapportable au même titre que toute autre libéralité, comment le donateur va-t-il pouvoir le dispenser du rapport ?

Un premier point d'abord ne fait point difficulté. Si le désir de transformer le don manuel en un don préciputaire ne se manifeste chez le donateur, qu'après la consommation du don, qu'après la remise matérielle des objets donnés, il est certain que le seul moyen offert au disposant sera d'insérer la clause de préciput dans une donation régulière ou dans son testament : ici s'applique sans contestation possible la disposition finale de l'article 919-2°. La clause de préciput qui survient postérieurement à la donation doit toujours

revêtir la forme des dispositions entre-vifs ou testamentaires.

Mais le donateur peut avoir l'intention, au moment même où le don manuel se réalise, d'affranchir le donataire de l'obligation du rapport ; comment devra-t-il formuler cette intention ? Suffira-t-il qu'il en fasse la simple déclaration, déclaration qui, s'appuyant sur le don manuel, y puiserait sa validité, et dont la preuve serait fournie par un écrit quelconque ? Faudra-t-il, au contraire, que le donataire ait recours aux formes compliquées de la donation entre-vifs ?

La solution de la question doit dépendre du parti que l'on prend sur la nature même du don manuel.

Le don manuel est considéré par des auteurs éminents ¹ et par une jurisprudence à peu près unanime, comme une donation parfaitement régulière que sa nature affranchit de toute forme. C'est un contrat véritable, contrat à titre gratuit, dont l'élément essentiel consiste en la remise d'une chose mobilière, fongible ou non fongible. Le Code, il est vrai, ne parle point de ce contrat réel, mais l'omission s'explique d'elle-même : il s'agit ici d'un contrat de pur droit naturel qui, précisément parce qu'il échappe à toute forme, n'a pas à préoccuper le législateur. « D'ailleurs, ajoutent MM. Aubry et Rau, si les dons manuels sont dispensés de l'accomplissement des formalités extrinsè-

1. Comp. Bressolles, *Don manuel*, p. 253 et suiv. ; Dijon, 14 juillet 1879, S. 1879, 2, 263 ; Paris, 1883, 2, 241.

ques prescrites en matière de donation, ils n'en sont pas moins soumis sous le rapport des conditions intrinsèques, aux règles requises pour les contrats en général. » Le don manuel, dans cette opinion, comporte donc toutes les clauses qui se peuvent rencontrer dans des conventions ordinaires, pourvu naturellement que ces clauses ne répugnent pas à la nature de la donation. Tous les pactes licites, adjoints à un don manuel, participent à sa vie juridique, que ces pactes aient pour objet de restreindre les effets naturels du don manuel ou de les étendre. Il peut être entendu, par exemple, au moment de la remise matérielle de l'objet, que cet objet fera retour au donateur en cas de prédécès du donataire, ou bien que le donataire subira certaines charges dans l'intérêt du donateur, ou enfin que le donateur conservera l'usufruit de tout ou partie des valeurs données. — Toutes ces clauses seraient valables par la simple déclaration du donateur et par l'acceptation du donataire : pour en assurer l'exécution, les contractants auraient soin de les constater par écrit, mais l'écrit n'interviendrait que *ad probationem*, et point du tout *ad solemnitatem*.

Qu'on suppose donc une clause de préciput ajoutée au don manuel, cette clause puisera sa validité dans la validité même du don manuel, sans que le donateur ait dû recourir aux formes solennelles de la donation entre-vifs. Il n'y aura là qu'une nouvelle application de la règle : *accessorium sequitur principale*, et l'acte

sous-seing privé, intervenu entre le donateur et le donataire, fournira la preuve directe et facile de la dispense de rapport.

Mais cette nature toute contractuelle du don manuel est vivement contestée. Le don manuel, observe-t-on, ne constitue pas un contrat de bienfaisance qui par la force des choses se trouverait affranchi des formes de la donation; c'est une simple tradition, qui emporte mutation de propriété, mais qui ne peut jamais avoir d'autres effets; c'est une simple remise matérielle de l'objet livré; c'est un simple fait. Les pactes qu'on appuie sur le don manuel, et qu'on voudrait traiter comme les clauses insérées dans une donation, sont nuls, parce qu'ils violent ouvertement les principes établis en matière de donations : pourquoi ces principes, pourquoi ces règles, si le don manuel avec charges est aussi valable que la donation avec charges, — si le don manuel avec réserve d'usufruit, avec clause de retour, produit les mêmes effets que les donations avec réserve d'usufruit ou avec clause de retour? — Si le donateur veut dispenser le donataire de l'obligation de rapporter le don manuel, il n'a qu'un moyen à employer pour assurer la validité de la clause de préciput, c'est de l'insérer dans un acte revêtu des formes de la donation entre-vifs ou dans un testament¹.

Cette dernière opinion est énergiquement la nôtre,

1. Comp. Labbé, sous l'arrêt de Paris précité, S. 83, 2, 241.

parce qu'elle se base sur le caractère véritable du don manuel. Le don manuel n'est pas un véritable contrat ; c'est une tradition volontaire de la part du disposant, mais une tradition pure et simple. Si les parties veulent transformer cette libéralité en un contrat véritable, elles doivent faire un contrat de donation, car on ne peut disposer de ses biens à titre gratuit que par donation entre-vifs ou par testament dans les formes établies par la loi (art. 893). Donner une autre solution, ce serait violer ouvertement l'art. 931. Les pactes, quels qu'ils soient, pacte de préciput ou autres, qu'on veut adjoindre au don manuel, sont donc absolument inefficaces : si à la mutation de propriété l'on veut joindre un titre, pour déterminer la portée du don, ce titre ne peut être valablement qu'un acte notarié ; de même, si l'on veut dispenser le don manuel du rapport, il faut employer la forme des donations entre-vifs ou testamentaires, pour donner quelque valeur à la clause de préciput.

CHAPITRE III

EFFETS DE LA CLAUSE DE PRÉCIPUT. — RÉTENTION DU PRÉCIPUT.

SECTION PREMIÈRE

LE PRÉCIPUTAIRE ACCEPTE LA SUCCESSION.

L'effet propre de la clause de préciput ou de dispense de rapport est de rompre l'égalité entre les héritiers du disposant, en permettant au donataire ou au légataire de conserver la qualité de donataire ou de légataire, et de prendre en même temps la qualité d'héritier. L'incompatibilité de ces deux qualités disparaît devant l'expresse déclaration de volonté du défunt.

Lors donc que le disposant meurt sans laisser d'héritiers réservataires, le donataire dispensé du rapport, si considérable que soit son don, le peut retenir et faire valoir en même temps son titre héréditaire, pour obtenir sa part virile dans les biens laissés par le

défunt. Quant au légataire par préciput, il prélève d'abord son legs, quelque important qu'il puisse être, et vient ensuite au partage des biens extants au même titre que ses cohéritiers non avantagés.

Mais une autre hypothèse peut se présenter : le défunt laisse des héritiers à réserve, dont l'un est donataire ou légataire par préciput. Les droits du préciputaire, en tant que préciputaire, se trouvent restreints à la quotité disponible ; la rétention qu'il prétend exercer se bornera donc à cette quotité, mais il prendra comme ses frères la part qui lui revient dans la réserve collective : son émolument total se composera donc et de la quotité disponible et de sa part virile dans la réserve héréditaire.

Si la libéralité excède la quotité disponible, que va devenir cet excédant ?

L'excédant de la libéralité préciputaire sur la quotité disponible, en tant qu'il porte atteinte à la réserve en masse, doit être considéré comme réductible, et c'est ainsi que le considère l'article 924, lorsqu'il parle de la donation entre-vifs réductible, faite à l'un des successibles ; mais en tant que cet excédant se trouve conféré à l'un des héritiers acceptants, le caractère de don rapportable apparaît aussi : le débat en effet s'élève de cohéritier à cohéritier, et le donataire héritier qui rapporte, se trouve lui-même appelé à profiter du rapport jusqu'à concurrence de sa part héréditaire.

Le code applique donc exceptionnellement les règles du rapport à l'excédant de la libéralité précipitaire sur la quotité disponible, en déclarant dans l'article 844 que cet excédant est rapportable.

Mais pour ne point exagérer cette dérogation aux principes ordinaires de la réduction, il faut distinguer le cas où l'excédant dépasse à la fois et la quotité disponible et la part du donataire dans la réserve, et le cas où cet excédant dépasse seulement la quotité disponible.

Dans la première hypothèse, l'atteinte à la réserve pouvant compromettre les droits des cohéritiers du donataire, l'application des simples règles du rapport n'est plus admissible ; c'est le caractère de don réductible qui prédomine : les réservataires menacés auront donc le droit d'agir en réduction, soit contre le donataire lui-même, soit contre les tiers acquéreurs.

Dans la deuxième hypothèse, au contraire, les réservataires ayant toujours la certitude d'obtenir intégralement toute la part qui leur doit revenir, l'article 844 *in fine* recevra son application toutes les fois que l'héritier donataire entendra s'en prévaloir. Uniquement établie en faveur du précipitaire, la disposition de l'article ne peut être retournée contre lui : la liberté la plus complète lui est donc laissée d'opter entre les règles du rapport et celles de la réduction, mais, une fois son parti pris, il en doit subir les conséquences, avantageuses ou désavantageuses,

sans pouvoir choisir telles et telles règles du rapport et telles et telles règles de la réduction.

Si l'excédant du don par préciput sur la quotité disponible consiste en objets mobiliers, le donataire est libre soit de les rapporter en moins prenant, soit de les remettre en nature dans la masse à partager ; mais s'il veut user du rapport en moins prenant, c'est la valeur des objets à l'époque de la donation qu'il doit imputer sur sa part, et non pas seulement la valeur au jour de l'ouverture de la succession (art. 868, 922).

De même, si l'excédant consiste en meubles ou en immeubles, le donataire doit, quant aux fruits et intérêts, observer ou l'article 856 ou l'article 928, selon qu'il préférera considérer lui-même et faire considérer par ses cohéritiers, cet excédant comme excédant rapportable ou comme excédant réductible.

Au cas d'aliénation de l'excédant mobilier, le donataire se prévautra des règles du rapport en moins prenant, si les meubles ont augmenté de valeur, ou des règles de la réduction, si cette valeur a baissé depuis le jour de la donation.

Au cas d'aliénation de l'excédant immobilier, le préciputaire, sachant que l'immeuble doit toujours être estimé au jour de l'ouverture de la succession, qu'il s'agisse de rapport ou de réduction, le préciputaire choisira sans doute les règles du rapport, pour

respecter et faire respecter les droits des sous-acquéreurs qu'il doit garantir.

Hors le cas d'aliénation, lorsque le donataire par préciput entend bénéficier de l'article 844 *in fine*, il rapporte en nature l'excédant immobilier, si cet excédant peut se retrancher aisément (866-1°). Même lorsque ce retranchement ne présente aucun inconvénient, le rapport peut n'être fait qu'en moins prenant, si d'autres immeubles sont compris dans les biens héréditaires (art. 924); l'article 924 vient ainsi compléter l'article 866-1°, et le mettre d'accord avec le droit commun des rapports et l'article 859.

Lorsque le retranchement ne peut s'opérer commodément, l'article 866-2° décide qu'il faut procéder à une ventilation : l'excédant est-il de plus de moitié de la valeur de l'immeuble, le donateur doit alors le remettre en nature, sauf à prélever sur la masse la quotité disponible; au contraire, la portion disponible est-elle supérieure à la moitié de l'immeuble, le donataire pourra retenir l'immeuble en totalité, sauf à moins prendre, et à récompenser ses cohéritiers en argent ou autrement.

SECTION II

LE PRÉCIPUTAIRE RENONCE A LA SUCCESSION.

Un donataire par préciput renonce à la succession du donateur, et prétend retenir non seulement la quo-

tité disponible, mais encore l'excédant de son don sur cette quotité : le peut-il ? Telle est maintenant la question qu'il nous faut examiner.

L'hypothèse d'un précipitaire renonçant est certainement très-rare¹ ; elle s'est néanmoins présentée plusieurs fois : le précipitaire nanti de la quotité disponible et d'une part équivalente à sa réserve, voulait sans doute éviter les soucis inséparables de toute acceptation d'hérédité ; il espérait ainsi conserver tout ce dont la générosité du défunt l'avait gratifié, et ne point froisser par sa présence aux opérations du partage, des cohéritiers qui déjà supportaient difficilement la défaveur dont les avait frappés la volonté paternelle. Le précipitaire enfin s'imaginait peut-être qu'en renonçant, il s'assurerait le bénéfice de conserver toujours en nature la portion de la libéralité qui représentait sa part dans la réserve légale.

La question à résoudre pour le donataire par préciput renonçant, se confond avec la question de savoir si le donataire en avancement d'hoirie renonçant pour s'en tenir à son don, peut conserver sa part de réserve en sus de la quotité disponible : ces deux enfants, en renonçant, soutiennent l'un et l'autre qu'ils ont le droit de conserver leur part dans la réserve, malgré leur répudiation du titre d'héritier.

Si les tribunaux n'ont que très-rarement statué sur

1. V. Grenoble, 1832, S. 32, 2, 531 ; 1850, S. 50, 2, 65 ; Bastia, 1855, S. 55, 2, 97 ; Cassat. 1857, S. 57, 1, 9,

le cas d'un précipitaire renonçant, les décisions de la jurisprudence, au contraire, sont aussi nombreuses que contradictoires, jusqu'en 1863, du moins, dans l'hypothèse d'un donataire en avancement d'hoirie répudiant l'hérédité, pour retenir son don jusqu'à concurrence de la quotité disponible et de sa part dans la réserve. Le fameux débat sur la question du cumul n'a pas duré moins de cinquante ans ; il a mis aux prises la jurisprudence et la doctrine, la Cour de cassation et les Cours d'appel. Loin de nous, l'intention de vouloir rouvrir une controverse que nous considérons comme très-heureusement terminée ; nous voulons seulement apprécier à distance, vingt-cinq années nous séparent déjà de l'arrêt solennel de la Cour de Cassation, les arguments présentés de part et d'autre en faveur ou contre la théorie du cumul ¹. Cet examen nous permettra en passant, de prendre parti sur la nature de la réserve en droit français.

I

Lorsque la loi croit devoir intervenir, pour limiter les droits du donateur ou du testateur et préserver ainsi les proches parents contre un abus du droit de disposer, elle peut user de deux moyens différents, de deux procédés distincts : ou bien elle détermine une fraction minima des biens laissés par le défunt,

1. Cass. 27 nov. 1863, S. 63, 1, 513.

dont elle assure individuellement la jouissance à chacun des parents réservataires, ou bien elle divise purement et simplement la succession totale en deux portions séparées, dont l'une reste disponible au gré du disposant, mais dont l'autre est entre ses mains frappée d'une indisponibilité absolue.

Dans la première hypothèse, l'ensemble des biens dont la jouissance doit appartenir à la réunion des réservataires, se compose d'un nombre plus ou moins considérable de réserves individuelles juxtaposées, mais non confondues en une même masse collective.

On conçoit dès lors que cet ensemble varie, que ce total augmente ou diminue, selon qu'apparaît ou disparaît un des parents dont le droit à une réserve individuelle se trouve consacré par la loi. Le droit de disposition qui appartient au testateur subit naturellement le contre-coup de ces variations : plus le nombre des réserves individuelles sera considérable, plus le droit de disposition sera restreint ; plus le nombre des réserves individuelles diminuera, et plus étendus seront les droits du testateur.

Au contraire, lorsque les biens réservés aux proches parents du défunt, constituent une masse collective, cette masse collective, une fois déterminée, ne varie plus avec le nombre de ceux qui se la doivent partager ; dès lors la quotité des biens disponibles au gré du testateur, n'augmente ni ne diminue : elle demeure fixe comme la portion indisponible de l'hérédité.

Le système de la réserve individuelle était le système suivi par la loi romaine.

A l'époque du droit classique, le testateur, qui laisse en mourant un ou plusieurs descendants, doit, pour échapper au reproche de tester *contra officium pietatis*, et pour éviter la rescision de ses dernières volontés, laisser à chacun de ses enfants le quart de la part héréditaire que l'enfant recueillerait, s'il succédait *ab intestat*. — Le caractère de légitime individuelle apparaît donc bien nettement; mais pour déterminer la valeur de cette légitime, il faut avant tout déterminer la part qu'aurait l'enfant dans la succession légitime, si son père n'avait point testé.

La part que recueillerait chaque enfant dans l'hérédité *ab intestat*, est tout naturellement fixée par le nombre des enfants capables de succéder, laissés par le défunt. Il faut donc compter pour la déterminer : 1° les enfants institués; 2° les enfants pourvus de leur légitime; 3° les enfants injustement exhérédés, lorsqu'ils renoncent à la *querela*; 4° les enfants justement exhérédés. Tous ces enfants, en effet, auraient leur part de la succession légitime, puisqu'ils sont tous capables, si le père n'avait point testé : ils doivent donc tous, suivant l'expression des jurisconsultes romains et de leurs interprètes, faire part dans le calcul de la légitime individuelle attribuée par la loi romaine à chacun des descendants du testateur.

Comme la légitime est individuelle, il suffit que l'en-

fant ait le quart de sa part héréditaire ainsi déterminée, pour qu'il lui soit interdit d'élever aucune plainte contre le testament de son père : il ne peut y avoir, tant que le testament est maintenu, accroissement en faveur de l'enfant pourvu de sa légitime personnelle, de la légitime ou de la portion de légitime que ne réclame point un de ses frères, mais que ce frère pourrait réclamer.

Supposons, par exemple, qu'un père de famille, qui laisse deux fils, ait institué héritier un étranger : il a légué sa légitime, un huitième de l'hérédité, à son fils aîné, mais il a injustement exhérédé le cadet. Malgré cette injuste exhérédation, le cadet ne veut point recourir à la *querela inofficiosi testamenti*, qu'il pourrait intenter avec succès. Mais l'aîné, lui, prétend que son frère, puisqu'il renonce, ne doit plus faire part pour le calcul de la légitime ; il soutient donc que son legs est insuffisant, et il veut, en usant de la *querela*, attaquer le testament, comme fait *contra officium pietatis*. Le peut-il ? Non, de semblables prétentions sont inadmissibles ; la renonciation du cadet à l'exercice de la *querela*, ne doit point profiter à l'aîné. Aucune voie de recours ne peut être intentée contre le testament par le légitimaire qui recueille par libéralité de dernière volonté, le quart de sa part héréditaire. La légitime est individuelle pour chaque enfant, et ce n'est que l'ensemble des légittimes individuelles qui peut, si tous les enfants reçoivent leur lé-

gitime, atteindre le quart de tous les biens laissés par le défunt. Le parti que prend le légittimaire dépouillé, de ne point agir par la *querela*, profite au testateur, dont le droit de disposition se trouve augmenté de toute la valeur de la légitime non réclamée.

Ces principes sont incontestables. Mais il faut avec soin distinguer cette première hypothèse, où l'enfant exhérédé renonce à la querelle d'inofficiosité contre un testament que seul il pourrait attaquer, de cette autre hypothèse où le même enfant renonce à prendre sa part d'hérédité, lorsque le testament se trouve annulé sur la *querela* intentée par un autre de ses frères, qui, exhérédé lui aussi, n'a pas eu le même respect pour les dernières volontés de son père, et n'a pas craint d'attaquer le testament fait *contra officium pietatis*.

Dans cette seconde hypothèse, en effet, le testament n'existe plus : l'hérédité légitime est ouverte ; la renonciation de l'un des appelés profite nécessairement à ses cohéritiers, l'accroissement se produit d'après les règles ordinaires. Mais, qu'on le remarque bien, le principe de la légitime individuelle, non susceptible d'accroissement, n'est plus en cause : il ne peut être question de légitime dans le règlement d'une succession *ab intestat*. Ainsi s'expliquent les deux décisions de Paul : *Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his, qui eandem querelam movere volunt. — Si duo*

*sint filii exheredati, et ambo de inofficioso testamento egerunt, et unus postea constituit non agere, pars ejus alteri aderescit*¹.

Il reste donc acquis, lorsque les enfants non remplis de leur légitime renoncent à la querelle d'inofficiosité, que l'héritier institué, enfant du défunt ou étranger, peu importe, bénéficie seul de la renonciation, puisqu'il conserve en définitive un avantage supérieur à celui dont le testateur pouvait légitimement le gratifier. — Tout autre serait l'effet de cette renonciation, si la légitime, au lieu d'être accordée individuellement à chacun des enfants du défunt, leur était collectivement attribuée, et devait toujours, quel que fût le nombre des faisant-part, porter sur le quart du patrimoine tout entier : la renonciation profiterait alors aux colégitimaires du renonçant, qui, en faisant la preuve de l'insuffisance des biens à eux légués, triompheraient dans l'exercice de la *querela*.

Justinien modifia plus tard la quotité de la légitime, en exigeant dans la Nouvelle 18 que cette légitime fût, suivant le nombre des enfants laissés par le défunt, égale au tiers ou à la moitié de leur part héréditaire *ab intestat* ; mais il conserva toujours à la légitime ce caractère d'attribution individuelle, qui rendait impossible l'accroissement entre colégitimaires. — Il prit soin, en effet, après avoir indiqué la nouvelle quotité, de subdiviser entre chacun des enfants le tiers ou

1. Dig. l. 17, pr. ; l. 23, 2, *De inoff. test.* V, 2.

la moitié du patrimoine laissé par le défunt : *singulis ex æquo quadriuncium sel sexuncium dividendo*.

Mais l'innovation la plus importante, bien que la moins justifiée, en matière de légitime, fut apportée par la Novelle 115. Jusque-là la légitime avait pu être laissée à chacun des enfants par simple libéralité de dernière volonté, legs ou donation à cause de mort. — Justinien décida que désormais le titre d'héritier devrait être conféré aux légitimaires qui ne se trouveraient point dans l'un des cas de juste exhérédation énumérés par l'empereur dans la Novelle. La légitime perdit-elle donc son caractère de réserve individuelle par suite de cette innovation, et l'accroissement dut-il s'ouvrir nécessairement entre les colégitimaires, lorsque l'un d'eux répudiait ?

« Il faut distinguer, répond excellemment M. Labbé¹ : si le père a purement et simplement institué ses fils et que l'un d'entre eux répudie sans avoir reçu aucune libéralité, il est certain que sa part restant dans l'hérédité augmentera celle de ses frères acceptants. Ceux-ci en profiteront-ils comme légitimaires, et parce que la légitime leur serait attribuée collectivement ? Non certes : ils en profiteront comme héritiers institués, ni plus ni moins que des étrangers qui auraient été institués avec eux. C'est la conséquence de la volonté du père qui n'a rien fait pour les restreindre à leur légitime, qui en les instituant héritiers purement et sim-

1. De la manière de calculer la réserve, n° 26,

plement, leur a conféré un droit déterminé dans sa quotité, indéterminé quant à son émolument. Le père pouvait agir autrement. Il pouvait instituer chacun de ses fils *in re certa*, et appeler des étrangers à recueillir le surplus. Dans ce cas chaque enfant avait le corps certain, désigné pour son lot, le complément de sa portion légitime, s'il y avait lieu, mais rien que cela : et si l'un des fils renonçait, sa part profitait aux héritiers institués dont le droit était susceptible d'accroissement. »

Ainsi le mode d'attribution, le mode de computation qui varie avec le nombre des légitimaires, restent sans effet sur le caractère purement individuel de la légitime : c'est que le caractère individuel de la légitime se concilie très-bien avec le but visé par le législateur romain, la protection de chacun des légitimaires en particulier, et non pas la protection de la famille considérée comme unité collective.

II

L'institution de la légitime, en pénétrant avec les lois romaines dans les pays du Midi de la France, devait y conserver, sans altération grave, le caractère qu'elle tenait du droit Romain classique : elle y fut individuellement attribuée à chaque légitimaire en sa qualité de parent. Il en devait fatalement être ainsi, puisque dans le Midi de la France comme à Rome,

le père de famille demeurait libre d'instituer héritier qui bon lui semblait : le légitimaire se contenta longtemps du titre de donataire à cause de mort ou du titre de légataire. Mais lorsque la législation des Nouvelles s'introduisit en France, le droit d'exiger le titre honorable d'héritier fut reconnu à l'enfant, et l'habitude s'établit d'instituer les légitimaires *in re certa* ou *in legitima*. Cette innovation, renouvelée de la Nouvelle 115, n'eut point pour effet d'ailleurs de rendre dépendantes l'une de l'autre les deux qualités de légitimaire et d'héritier. Le droit de réclamer sa légitime à titre d'héritier n'était pour l'enfant qu'une simple faculté, dont il était libre de ne point se prévaloir.

La légitime, au contraire, en s'étendant aux pays coutumiers, allait rencontrer une organisation de la famille toute différente, où le droit de tester du père était autrement compris qu'à Rome et dans les provinces de droit écrit. Dieu seul fait les héritiers, un testateur ne peut faire que des légataires. Les enfants du défunt sont donc héritiers en dépit du testament qui voudrait leur arracher le patrimoine paternel, et comme héritiers ils sont saisis : c'est à eux que doit s'adresser le légataire universel pour obtenir la délivrance de son legs. On comprend dès lors l'intime union qui s'établit entre les deux qualités d'héritier et de légitimaire. Du Moulin peut déclarer que celui-là seul a droit à la légitime, qui a le titre d'héritier : *nemo habet legitimam nisi qui heres est*. Le renonçant, en

répudiant la succession du défunt, perd en même temps la qualité de légitimaire : il ne peut donc plus obtenir après sa renonciation aucune part dans les biens héréditaires; et non seulement il ne peut prendre sa légitime sur les biens laissés par le défunt, mais il lui est même impossible d'agir en réduction contre les donataires et légataires étrangers.

Mais si le renonçant figurait lui-même au rang des légataires ou des donataires entre-vifs, allait-il avoir le droit de conserver la valeur de sa légitime et peut-être plus encore, malgré son abdication de la qualité de légitimaire ?

Ce droit lui fut reconnu par l'excellente raison que la légitime, tout en devenant *pars hereditatis*, n'en continuait pas moins à être individuellement attribuée à chacun des héritiers : les légitimaires n'avaient point le droit de se plaindre dès qu'ils se trouvaient remplis de la moitié de la part héréditaire qu'ils auraient eue si le défunt n'avait ni donné, ni légué. La renonciation de leur frère ne les blessait en aucune manière. Elle avait seulement pour effet d'augmenter le disponible, en le grossissant de la légitime du renonçant ; c'était alors en qualité de légataire ou de donataire, mais non plus en qualité de légitimaire, que l'enfant conservait ou réclamait l'équivalent de sa légitime.

Les auteurs coutumiers n'admirent pourtant point toutes les conséquences de cette attribution individuelle de la légitime : ils distinguèrent, pour détermi-

ner la légitime particulière de chaque héritier, le cas où l'enfant renonçant renonçait sans rien retenir, et celui où l'enfant renonçait pour s'en tenir à son don ; ils estimèrent que le second devait faire part et non le premier : chacune des légitimes individuelles se trouva donc augmentée par le fait d'une renonciation *nullo accepto*. Cette distinction, bizarre au point de vue juridique, s'explique par des considérations toutes favorables aux héritiers naturels : on ne voulut point qu'une renonciation purement gratuite profitât directement au légataire universel, et l'on jugea plus équitable d'en faire profiter les légitimaires acceptants. En fait, de semblables renonciations devaient être infiniment rares ; la dérogation au principe n'a donc pas grande importance.

III

Avec les lois de l'époque révolutionnaire, la protection de la famille contre l'abus du droit de tester prend un caractère nouveau. L'idée qui inspire le législateur dans ses innovations, devient surtout une idée philosophique : on discute non plus seulement sur les abus du droit de tester, mais sur l'essence même, sur la nature de ce droit : le droit de tester est-il un droit naturel ? n'est-il pas bien plutôt une concession de la loi civile, une extension, une exagération du droit de propriété ? Dès lors n'est-il pas raisonnable de le resserrer en des limites très étroites ?

La loi du 17 Nivôse an II fixe donc la quotité disponible au dixième des biens seulement, quand il y a des héritiers en ligne directe descendante, au sixième, lorsque le défunt ne laisse que des héritiers en ligne collatérale. Tout le reste du patrimoine demeure frappé d'une indisponibilité absolue entre les mains du père de famille. La légitime n'est plus cette fraction de la part héréditaire que la loi réservait individuellement à chacun des légitimaires, pour le mettre à l'abri du besoin, — cette limite justement imposée pour restreindre un droit dont nul ne contestait l'existence, mais dont il fallait prévenir les abus. Non, la légitime, c'est maintenant la succession elle-même devenue indisponible, c'est la presque totalité des biens laissés par le défunt. Par condescendance pour le passé, il est vrai, on laisse au père le droit de disposer en faveur d'un étranger d'une minime portion de son patrimoine ; mais cette concession, loin d'être la reconnaissance du droit de disposer à titre gratuit, en est au contraire la négation : le patrimoine du défunt, c'est le patrimoine de la famille, et ce patrimoine doit légitimement appartenir pour la presque totalité aux enfants ou aux collatéraux du *de cujus*. La loi de Germinal an VIII, il est vrai, relève la quotité disponible, qui peut au maximum atteindre le quart des biens, lorsque le défunt laisse des descendants, mais cette élévation de la quotité disponible ne rend point à la légitime son ancien caractère : aux yeux du législateur,

c'est la succession même qui constitue la réserve collective des héritiers.

Lorsque les rédacteurs du Code abordèrent la discussion du titre des Donations, deux systèmes se trouvaient donc en présence sur la nature de la légitime ou de la réserve, puisque l'ancien droit et le droit intermédiaire l'avaient envisagée d'une façon différente : l'un n'avait assuré la protection des parents du testateur contre l'abus du droit de disposer qu'en leur réservant à chacun individuellement une fraction de leur part héréditaire *ab intestat* ; l'autre, au contraire, considérant le patrimoine du défunt comme le patrimoine commun de la famille, avait décidé que ce patrimoine serait entre les mains du détenteur frappé d'une indisponibilité complète. Mais l'adoption de l'un ou de l'autre système n'a pas été, il faut le reconnaître, l'objet de discussions et d'observations particulières au sein du Conseil d'État. L'attention des rédacteurs a surtout porté sur deux points : quelles limites devait-on fixer à la liberté du disposant ? fallait-il de plus lui permettre, avec les coutumes de préciput et la loi de Germinal, de donner à l'un de ses héritiers présomptifs, et laisser cet héritier donataire ou légataire venir au partage de la succession ?

Sur la première de ces deux questions, les propositions les plus diverses furent soumises au Conseil ; sur la seconde l'accord se fit rapidement, et le droit de gratifier par préciput l'un de ses successibles fut

proclamé. Quant au caractère collectif ou individuel de la légitime ou de la réserve, la Section de Législation du Conseil d'État ne s'en préoccupe point : tantôt elle semble admettre le caractère individuel de la légitime des pays coutumiers, en empruntant sa formule à la coutume de Paris : « S'il y a des enfants ou descendants des enfants au temps du décès ; ils auront à titre de légitime les trois quarts de ce qui leur reviendrait par succession, s'il n'y avait pas de donation entre-vifs ou testamentaire. A défaut de descendants, s'il y a des ascendants, leur légitime est de moitié. » Tantôt elle semble adopter le système du droit intermédiaire sur la réserve collective et globale, en s'exprimant comme le faisait la loi de Germinal : « Les libéralités, soit par actes entre-vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant ; le tiers, s'il laisse deux enfants ; le quart, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre. » La discussion manque de précision.

Les termes de *légitime* et de *réserve*, qui dans l'ancien droit avaient une signification si distincte, sont indifféremment employés ; une confusion regrettable ne cesse de régner sur un point qui va bientôt susciter les plus graves controverses.

IV

Les partisans du cumul de la quotité disponible et

de la part du donataire en avancement d'hoirie ou par préciput dans la réserve héréditaire, prennent pour base de leur système le caractère d'attribution individuelle qui distinguait dans l'ancien droit la légitime de la réserve des propres ; ils font ensuite porter tous leurs efforts sur la démonstration de cette idée que la réserve moderne n'est autre que l'ancienne légitime ; puis ils concluent que les cohéritiers du donataire renonçant ne peuvent se plaindre, dès qu'ils se trouvent remplis de leurs réserves personnelles. Suivons leurs raisonnements, mais déclarons dès maintenant que ces raisonnements n'ont pu nous convaincre.

M. Ragon n'attache aucune importance aux péripéties diverses qu'a subies la rédaction des articles 913 et 915. C'est la légitime des pays de droit coutumier qui a définitivement acquis droit de cité dans nos lois sous le nom de réserve héréditaire. « Qu'il plût à la Section de Législation de fixer la quotité disponible plutôt que la légitime, ou bien celle-ci plutôt que celle-là, le Conseil n'a jamais vu là qu'une question de mots ou de forme sans influence aucune sur le fond du droit. S'il a voté une forme de rédaction, c'est celle qui fixait la légitime. L'interprète de la loi ne doit pas attacher plus d'importance que le législateur lui-même à ces accidents de rédaction ¹. »

D'ailleurs, la formule collective et la formule distributive n'étaient-elles pas souvent employées dans nos

1. Ragon, *Théorie de la rétention*, t. I, p. 286.

anciennes coutumes, sans qu'on y attachât la moindre importance? La coutume de Bourgogne fournit un exemple frappant de ces hasards de rédaction. Dans l'article 3, au chapitre des Successions, elle paraît fixer au profit des légitimaires une masse collective, qui ne variera pas avec les renonciations possibles : « Un chacun habile à faire un testament est tenu de délaisser à ses vrais héritiers la dite légitime, c'est à savoir la tierce partie de tous ses biens » ; puis quelques articles plus loin, elle use de la formule distributive : « Au cas que par ladite disposition ou partage fût moins laissé aux enfants que la légitime qui par droit écrit leur appartient, c'est à savoir le tiers de ce que chacun d'eux eût reçu *ab intestat*, s'il y a quatre enfants ou moins ; ou la moitié s'il y a plus grand nombre, ladite légitime sera suppléée par les autres, chacun pour sa contingente part et portion, et par ratte ¹. »

Les auteurs coutumiers eux-mêmes sont loin de présenter dans leur langage une précision si grande, qu'on ne les voie souvent dans la même phrase, user d'expressions qui conviendraient aussi bien à une légitime collective qu'à une légitime individuelle ; et pourtant aucun doute ne peut s'élever sur la nature de la légitime dans l'ancien droit : « De cette juste réserve de la légitime en faveur des enfants, il s'ensuit que celui qui a enfants ne peut disposer en

1. Cout. du Duché de Bourgogne, Chap. VII, art. 3 et 7.

faveur d'étrangers que de la moitié de ses biens. Mais, s'il dispose en faveur de l'un de ses enfants, il peut disposer au-delà de la moitié de ses biens, parce que cet enfant a lui-même sa portion virile qui s'accroît à la moitié dont il est gratifié¹. »

Ces documents ne prouvent-ils point d'une façon péremptoire que l'identité de la quotité indisponible et de la succession *ab intestat*, identité qui résulte de la fixation directe de la quotité disponible, n'est en aucune manière incompatible avec le caractère individuel de la légitime, puisque nos anciens auteurs fixaient directement, eux aussi, la quotité disponible, comme le font aujourd'hui les articles 913 et 915, et proclamaient en même temps ce caractère d'attribution individuelle ?

D'ailleurs, n'est-ce point une sage précaution, quand on veut bien comprendre une disposition législative et l'interpréter sûrement, d'avoir toujours présents à l'esprit le but que s'est proposé le législateur, la raison d'être et l'utilité de l'institution, dont on cherche à déterminer la nature ? Or quel est le but visé par la loi, quand elle protège les proches parents du disposant contre l'abus des dispositions à titre gratuit, sinon d'assurer à chacun d'eux personnellement une fraction de la part qu'ils pouvaient légitimement espérer dans la succession de leur père ? « La loi doit pourvoir à des besoins individuels par une assignation

1. Bourjon, *Droit commun de la France*, t. I, p. 739.

également individuelle. Que la division soit faite par la doctrine ou par la loi, il faut arriver à fixer pour chaque légataire ce dont il doit-être satisfait. Pourquoi le sort de l'un privé de sa part aurait-il une influence sur le sort de l'autre ¹ ? »

Une fois admis le caractère individuel de la réserve dans le Code, il s'agit de déduire les conséquences du principe ; mais c'est alors que les dissentiments éclatent parmi ceux qui tout-à-l'heure se mettaient d'accord sur la nature de la réserve.

Pour quelques-uns, il faut nécessairement conclure du caractère individuel de la légitime, que la part réservée à chacun des enfants se fixe au jour même du décès du père d'après le nombre des successibles vivants et capables : la déclaration d'indignité, et la renonciation de l'un d'eux, quelle qu'elle soit, gratuite ou non, ne peuvent avoir aucune influence sur cette détermination. — C'est ainsi que décidait le droit romain, et la décision était de la plus haute importance à l'époque du droit classique, car la variation du taux de la légitime aurait eu pour conséquence, malgré toutes les précautions prises par le testateur, de rendre admissible la *querela inofficiosi testamenti*. — Le droit coutumier, il est vrai, distinguait entre la renonciation *aliquo accepto* et la renonciation *nullo dato* : dans le premier cas le renonçant, en faisant part, ne modifiait point les calculs du disposant ; dans le se-

1. Labbé, *loc. cit.* p. 73 et suiv.

cond cas, au contraire le renonçant, en ne faisant point part, augmentait la légitime de ses frères et sœurs. Mais cette distinction qui n'a point de fondement juridique, ne doit plus être faite dans le droit moderne : il est naturel de supposer que l'enfant qui renonce sans rien retenir, renonce dans l'intention très-louable d'augmenter la quotité disponible, et de respecter les dernières volontés de son père.

Puisque la légitime personnelle à chacun des héritiers ne peut varier postérieurement au décès du testateur, tandis que le nombre de ces légitimes peut diminuer à la suite d'une renonciation ou d'une déclaration d'indignité, il n'existe point de barrière infranchissable entre la portion disponible et la portion indisponible du patrimoine ; la quotité disponible augmentera donc quand diminuera le nombre des légitimes : c'est une erreur de voir dans les articles 913 et 915 la détermination maxima de cette quotité ; il s'agit, au contraire, d'une détermination minima. Les libéralités pourront donc toujours atteindre la moitié, le tiers ou le quart de la succession, selon que le testateur laissera un, deux ou trois enfants ; mais elles pourront aussi quelquefois dépasser ces limites, quand pour une raison quelconque, la somme des légitimes individuelles n'atteindra pas la moitié, es deux tiers ou les trois quarts de la succession.

De cette élasticité de la quotité disponible, il résulte que l'enfant donataire en avancement d'hoirie ou avec

clause de préciput peut, en renonçant, conserver une valeur égale à sa légitime personnelle et à la quotité disponible minima, déterminée d'après le nombre de ses frères et sœurs existant au jour du décès. Mais il ne peut être question de cumul : il n'y aurait cumul en effet que s'il y avait addition de deux éléments distincts : or ici, ce n'est point une fraction de la quotité indisponible qui s'ajoute à la quotité disponible, c'est la quotité disponible qui grandit, qui recule la limite marquée entre les deux portions de la succession.

Comme l'enfant renonçant, le donataire étranger a lui aussi le droit de recueillir une libéralité d'une valeur égale à la quotité disponible minima, augmentée de la légitime individuelle de l'enfant renonçant sans retenue ou de l'enfant indigne.

Enfin, rien ne s'oppose à ce que l'étranger donataire recueille la quotité disponible minima, pendant que l'enfant donataire renonçant conserve sa propre légitime¹.

Telles sont les conséquences rigoureuses du principe que la légitime est individuelle ; mais la majorité des auteurs partisans de cette légitime individuelle, repoussent une aussi complète application du principe qu'ils admettent.

V

La doctrine proposée par M. Labbé, disent ces au-

1. Comp. Labbé, loc. citat, p. 79 et suiv.

teurs, réagit d'une façon trop violente contre des systèmes trop favorables aux droits des réservataires. Elle ne tient pas un compte suffisant des transformations subies par la légitime romaine, lorsque cette légitime pénétra dans les pays coutumiers. « Dans le droit romain, c'est la quotité disponible qui payait la légitime ; chez nous, c'est la légitime qui paye la quotité disponible. Là se trouve la raison du caractère nouveau revêtu par la légitime en passant du droit romain dans le droit français. » On doit faire leur part à chacun de ces deux principes : la légitime est la succession, — la légitime est individuelle, et concilier entre elles les conséquences propres de chacun de ces deux principes.

Du principe que la légitime est la succession, il faut conclure que la part du légittimaire renonçant doit accroître, si l'accroissement a lieu, si donc la renonciation est faite *nullo dato*, aux colégitimaires du renonçant et non pas à la quotité disponible.

Du principe que la légitime est individuelle, il faut conclure que les légittimaire se doivent tenir pour satisfaits, dès qu'ils sont remplis de leur légitime personnelle ; qu'ils n'ont donc, en leur qualité de légittimaire, aucun droit à la légitime de leur frère renonçant, lorsque cette renonciation n'a pas pour effet de donner ouverture au droit d'accroissement, c'est-à-dire, lorsqu'elle est faite *aliquo accepto*.

Ces règles, consacrées par le droit coutumier, doi-

vent recevoir encore leur application dans le Code civil. Suivons la démonstration du système proposé par M. Ragon¹.

Il était tout naturel qu'en droit romain le refus par un enfant injustement exhéredé d'exercer la *querela* contre le testament de son père, eût pour conséquence de tourner au profit exclusif de l'héritier institué : la légitime n'étant qu'une charge de l'hérédité, la décision prise par le légitimaire, de ne point se prévaloir de ses droits, allégeait l'hérédité jusqu'à due concurrence. Dans notre ancien droit, au contraire, la légitime devenant *pars hereditatis*, la renonciation d'un enfant qui n'avait rien reçu avait pour effet de diminuer le nombre des appelés à la succession, et, par suite, d'augmenter la part des appelés acceptants ; c'est ainsi que tous les auteurs coutumiers sont unanimes à proclamer que l'enfant renonçant ne doit point faire part ; sa part de légitime accroit à ses frères ou plutôt ne leur décroît point. *Certum est repudiantem, dit d'Argentré, partem non facere adeuntibus... Sed remanet non decrescendo : nec enim a jure accrescendi istud evenit, sed deficit portio non acceptata, velut caduca, aut potius non effecta portio et nulla, sublato de rerum natura et numero capientium qui repudiat, sic ut numerum non faciat... Quare si ante erant quatuor, uno repudiante, is de numero detrahitur, sic ut eo de medio sublato inter reliquos solos*

1. Théorie de la rétention, t. I, p. 182 et suiv.

divisio fiat sine ulla computatione repudiantis ¹.

Ricard n'est pas moins explicite : « Tous ceux qui ne prennent pas de part en la légitime, soit qu'ils en soient exclus à cause de leur incapacité ou en conséquence de la renonciation pure et simple qu'ils y ont faite, ne doivent nullement être comptés pour faire l'estimation de la légitime, et leurs parts accroissent ou plutôt ne décroissent pas aux autres ². » Pothier, enfin, énonce un principe qui ne fait plus difficulté : « Dans cette supputation de la légitime, on ne compte pas ceux qui sont prédécédés ou qui ont perdu l'état civil par la profession religieuse... Les exhérédés et ceux qui renoncent gratuitement ne sont pas comptés ³. »

La légitime, qui n'est qu'une portion de la succession, comme la succession, obéit aux règles de l'accroissement ; il n'y a donc pas lieu de s'étonner que, par l'effet de la renonciation pure et simple de l'un des légitimaires, la part de chacun de ses colégitimaires augmente en importance ; c'est méconnaître gravement le caractère de la légitime que de représenter la doctrine des anciens auteurs comme une anomalie juridique.

Mais, pour que l'accroissement se produise, ou mieux, pour que l'enfant renonçant ne soit pas com-

1. Sur l'art 551 de la cout. de Bretagne.

2. Ricard, *Successions*, liv. II, chap. 3, section 6, nos 42 et 43.

3. Cout. d'Orléans, Introd. au tit. des *Donat.* n° 79.

pris dans la computation de la légitime, une condition est nécessaire, il faut que la part du renonçant soit réputée vacante, il faut que l'enfant, en renonçant, ne conserve pas sa part héréditaire : s'il la conserve, comment cette part pourrait-elle ne pas décroître à ses colégitimaires ? Or le droit pour le renonçant de retenir sa part de légitime ne lui est refusé par aucun des jurisconsultes coutumiers : la place du renonçant *aliquo accepto* demeure donc occupée, et l'accroissement n'a pas lieu. Une décision contraire aurait eu pour conséquence d'entamer le disponible, et de forcer le légataire universel à recueillir moins que la moitié de la succession : ce dernier aurait dû, en effet, donner pour leurs légittimes aux héritiers acceptants toute la moitié de la succession, et laisser de plus le renonçant retenir tout son don. Le légataire universel n'aurait donc recueilli la seconde moitié disponible que sous déduction de toute la retenue faite par le renonçant.

De la computation du renonçant *aliquo accepto* dans la fixation des légittimes individuelles, il résultait que le renonçant, quand il était lui-même un légataire universel, conservait, outre la moitié disponible, la valeur de sa propre légitime. C'était précisément ce que constatait l'article 307 de la Coutume de Paris, lorsqu'il permettait au donataire renonçant de retenir toute la libéralité qui n'entamait point la légitime de ses frères. Ainsi pouvait-il arriver, dans les coutumes

d'égalité simple, que l'un des enfants reçût un avantage aussi considérable que dans les coutumes de préciput : cet avantage dépassait en importance la libéralité faite en faveur d'un étranger.

Le Code civil n'a en aucune façon proscrit cette ancienne distinction entre le renonçant *aliquo accepto* et le renonçant *nullo dato*. Lorsque dans les articles 785 et 786 il a réglé les effets de la renonciation, il n'a certainement prévu que la renonciation *nullo dato* : comment la part héréditaire du renonçant *aliquo dato* pourrait-elle en effet accroître aux héritiers acceptants, puisque cette part n'est point vacante, puisque le successible donataire la retient ? Qu'il s'agisse de part héréditaire ou de part dans la réserve, peu importe : la réserve, c'est la succession même ; elle ne peut donc avoir un caractère plus collectif que l'hérédité dont elle est une fraction. Le successible qui renonce pour s'en tenir à son don, ne perd que le droit de figurer au partage des biens laissés par le défunt ; pour venir à ce partage, le titre d'héritier lui manque, mais pour retenir la part dont il se trouve nanti, son titre de donataire est bien suffisant.

L'enfant donataire renonçant, qu'il soit simple donataire en avancement d'hoirie ou qu'il soit précipitaire, peut donc conserver avec la quotité disponible, sa part dans la réserve. Son droit se trouve d'ailleurs indirectement établi par la nature du droit de réduction qui appartient aux réservataires acceptants : le

droit de réduction, en effet, forme, pour ainsi dire, la contre-partie du droit de rétention.

Pour peu qu'on analyse avec attention la nature de l'action en réduction qui compète aux réservataires acceptants, pour la sauvegarde de leurs réserves individuelles, on découvre aisément que cette action n'est point une action héréditaire : le donateur en effet n'avait point le droit de l'intenter lui-même ; et ses héritiers, en tant qu'héritiers, n'ont pas plus de droits que lui. De plus l'article 921 a le soin de bien établir que l'action en réduction ne peut jamais être exercée par les créanciers de la succession, ni leur profiter. Cette action n'est donc pas attachée à la qualité d'héritier, mais à la qualité d'enfant ; seulement le Code, n'admettant point la qualité d'enfant au nombre des qualités juridiques, exige pour l'exercice de l'action en réduction le titre d'héritier. Ce titre vient colorer la qualité d'enfant et lui donner une valeur légale. Mais, pour ne point méconnaître l'intention du législateur, on doit se garder d'exagérer l'importance du rôle que joue ici le titre d'héritier, et surtout ne point prétendre que ce titre est la source, la cause du droit de réduction : cette cause, tout le proclame, c'est la qualité d'enfant qui appartient au réservataire.

Cela bien compris, le droit pour l'enfant donataire de retenir sa part de réserve devient évident : enfant, il l'est autant que le demandeur en réduction, qui veut lui arracher sa part de réserve ; et au titre d'héri-

tier qui colore la qualité d'enfant chez le demandeur, il peut avec succès opposer son titre de donataire. La réduction n'atteindra donc point cette fraction de la libéralité qui correspond à la part de l'enfant donataire.

Si l'on veut encore une nouvelle preuve de l'intention qu'avait le législateur de permettre au donataire renonçant la rétention de sa part dans la réserve, on la trouve, cette preuve, dans l'article 924 ; on la trouve, malgré la correction que le Tribunal a maladroitement introduite en cet article. Il est manifeste que les rédacteurs du Code prévoyaient l'hypothèse d'un donataire renonçant, quand ils ont dit que le successible donataire pourrait retenir sur les biens donnés, la valeur de la portion qui lui appartiendrait comme héritier dans les biens non disponibles ; il faut donc lire à travers l'article défiguré, la disposition qui sans doute ne s'y trouve plus, mais qui résulte de l'ensemble des règles sur la réduction : le donataire renonçant peut toujours avec la quotité disponible retenir sa part dans la réserve.

Enfin, quant au précipitaire renonçant, son droit de rétention apparaît aussi dans les derniers mots de l'article 844, puisque cet article décide que l'excédant du don par préciput sur la quotité disponible, est rapportable : ce qui se rapporte au cas d'acceptation, se retient au cas de renonciation. Pour être spéciale au donataire par préciput, cette disposition n'en est

pas moins une dernière preuve, qu'il est inutile de prendre la qualité d'héritier pour conserver sa part dans la réserve, sa légitime individuelle.

VI

Les partisans de la légitime individuelle se retrouvent d'accord, comme nous le voyons, sur l'étendue qu'il convient de donner au droit de rétention du donataire renonçant à l'hérédité du donateur. Ils se séparent, il est vrai, au cas de renonciation gratuite, sur la destination à donner à la part de réserve de l'héritier renonçant. — Les uns comptent le renonçant *nullo dato* pour le calcul de la réserve individuelle de chaque légitimaire, les autres soutiennent qu'il ne peut faire ni nombre, ni part ; les premiers déversent sur le disponible du testateur la légitime du renonçant, les seconds estiment au contraire que la part du renonçant *nullo dato* doit accroître à ses cohéritiers, parce que cette part est véritablement vacante, et que rien ne peut plus s'opposer au droit d'accroissement proclamé par les articles 785 et 786. — Mais, quelles que soient ces divergences, c'est le principe même de la réserve individuelle que nous contestons énergiquement.

Que les défenseurs de la réserve individuelle fassent revivre dans notre code la légitime du droit romain classique, ou qu'ils prétendent rétablir dans la loi mo-

derne la théorie si compliquée de la légitime des pays coutumiers, nous leur reprochons dans tous les cas de ne point tenir un compte suffisant des idées qui ont dominé en France pendant l'époque intermédiaire. — Les rédacteurs du Code, dit-on, esprits modérés et sages, ont repoussé les théories excessives d'une époque troublée, pour s'attacher aux idées et aux principes traditionnels : ce qu'ils ont voulu faire revivre dans la réserve moderne, c'est la légitime romaine ou tout au moins la légitime coutumière, parce que cette antique institution pouvait seule, en subissant d'ailleurs quelques modifications, donner satisfaction aux droits de la famille d'une part, aux droits du disposant d'autre part.

J'estime que'en raisonnant ainsi les défenseurs du cumul s'abusent d'une manière singulière. — Peut-être la Section de Législation du Conseil d'État a-t-elle eu l'intention de donner à la réserve le caractère d'attribution individuelle qui distinguait la légitime de la réserve coutumière, je l'accorde ; j'accorde également qu'il ne faut point trop présumer de l'abandon du mot légitime pour le mot réserve : les conseillers d'État usaient sans cesse de l'une et de l'autre expression sans y attacher grande importance. Mais nous ne devons pas oublier que si la Section de Législation semblait préférer au système de la réserve collective le système de la légitime individuelle, elle a été fort mal inspirée quand, abandonnant sa rédaction première,

elle a repris pour les articles 913 et 915 la formule de la loi de Nivôse an II et de la loi de Germinal an VIII. Elle semblait suivre ainsi les errements du droit intermédiaire, en faisant adopter par le Corps Législatif un texte trop semblable à l'article 16 et à l'article 1^{er} de ces lois. Le Corps Législatif, composé de membres imbus des principes nouveaux, a donc cru conserver le système substitué par les décrets révolutionnaires aux règles des anciennes coutumes.

On ne peut guère contester le caractère d'indisponibilité qu'imprimaient à la presque totalité de la succession les lois de Nivôse et de Germinal : ce caractère d'indisponibilité ressort, à mon avis, d'une façon vraiment frappante des célèbres discussions sur le droit de disposer, que nous avons rapportées déjà, où se dégagent si bien les idées d'alors sur ces importantes questions. C'était vraiment le droit de disposer qu'on mettait en discussion, et non pas seulement la limite de ce droit : cette limite devait donc être absolument infranchissable. Sauf une très mince quotité disponible, tout le reste des biens devait revenir aux héritiers, aux seuls héritiers.

Je sais bien que M. Ragon repousse ce prétendu caractère d'indisponibilité. Cet auteur approuve fort un arrêt de la Cour de Cassation qui permet à un donataire en avancement d'hoirie, renonçant sous l'empire du Code civil, de conserver malgré sa renonciation une libéralité à lui faite le 30 mai 1793, et qui ne dé-

passait point sa part héréditaire « attendu, dit la Cour Suprême, que le décret du 7 Mars 1793 et la loi du 17 Nivôse an II n'interdisaient la faculté de disposer en ligne directe que dans la vue de maintenir l'égalité entre les successibles ; que les dons qui étaient faits sous l'empire de ces lois n'étaient donc pas nuls d'une nullité absolue, mais seulement réductibles en tant qu'ils excédaient la part légale que la loi réservait à chacun des héritiers ¹. »

Cet arrêt ne peut me convaincre, et j'estime que la Cour Suprême a méconnu la nature véritable de l'indisponibilité qui frappait à l'époque intermédiaire l'ensemble des biens du défunt, soustraction faite de la très-faible portion de biens laissée disponible. Cette exclamation de M. Labbé me semble mieux répondre aux vrais sentiments du législateur révolutionnaire : « la loi du 17 Nivôse établit non pas une légitime, il était bien question vraiment de protéger les enfants contre les abus d'un pouvoir qu'on anéantissait, mais une réserve. »

L'esprit conciliateur des auteurs du Code apparaît dans l'élévation très-sensible du taux de la réserve, dans la faculté concédée au disposant de gratifier par préciput l'un de ses héritiers présomptifs, mais l'ensemble des travaux démontre qu'aux yeux du Tribunat, la réserve formait vraiment une masse collective, indisponible, au partage de laquelle pouvaient

¹. Cass. 12 août 1823, S. *Coll. nouv.* 7^e vol. p. 312. Ragon, I, p. 229.

seulement figurer les héritiers du défunt. — Le Tribunal ne voulut voir dans l'article 29 du projet, plus tard article 924 du Code, que l'hypothèse d'un successeur donataire acceptant, parce qu'il lui semblait impossible qu'un héritier renonçant pût néanmoins conserver une fraction de la succession réservée. Telle est la raison de la correction faite à l'article du projet ; voilà pourquoi l'addition des quelques mots qui modifiaient complètement la décision, n'a soulevé aucune critique. Le Tribunal et plus tard le Corps Législatif ont entendu maintenir la réserve collective du droit intermédiaire. C'est donc à tort qu'on se fait une arme de l'article 924 primitif pour soutenir le caractère individuel de la légitime : nous voulons bien accorder que telle ait été l'opinion de la Section de Législation du Conseil d'État, mais cette opinion n'a en définitive point prévalu. L'interprète ne doit expliquer et appliquer la loi que telle qu'elle a été finalement votée.

Nos adversaires font valoir que le système de la réserve individuelle suffirait à la protection des parents du défunt, nous ne le nions pas ; mais pour bien comprendre l'esprit du Code, on ne doit point se placer uniquement au point de vue de la protection particulière de chacun des enfants : il faut toujours se rappeler que le droit de disposer à titre gratuit avait été vivement contesté quelques années auparavant, et cela non pas au profit de tel ou tel membre de la famille

pris séparément, mais au profit de la famille même considérée dans son ensemble. Ces idées exerçaient encore un empire considérable sous le Consulat.

Enfin, si sacrifiant à la liberté du père de famille le principe de l'égalité en matière de succession, le législateur a permis au disposant de favoriser l'un de ses héritiers, en le gratifiant d'une libéralité préciputaire, s'il a fait à la puissance paternelle cette concession que refusait la loi de Nivôse, ce fut évidemment pour fortifier cette puissance, et non pour permettre à l'enfant donataire en avancement d'hoirie de rompre l'égalité contre l'attente, contre les prévisions du père de famille. — Cette objection sans doute n'existe point pour le donataire par préciput renonçant, mais si l'on autorise ce dernier à retenir une part de réserve en une autre qualité que celle d'héritier, la brèche au principe sera faite, et rien ne pourra plus s'opposer à la reconnaissance du même droit en faveur du donataire en avancement d'hoirie.

Considérant l'état de la famille au jour du décès du disposant, le législateur détermine la partie du patrimoine dont le défunt n'aura pu disposer à titre gratuit : cette détermination dépend de la qualité et du nombre des parents qu'il n'a pas eu le droit de dépouiller, et non de cette circonstance tout extérieure que l'un de ces parents renonce peut-être à la succession. Cette renonciation ne peut avoir d'influence sur l'étendue du droit de disposition ; aux yeux de la loi, en

effet, il ne s'agit pas seulement de protéger individuellement tel ou tel enfant, mais de fixer une limite invariable au pouvoir du père.

Si le père n'a point dépassé cette limite, la succession du défunt se trouve représenter exactement la quotité indisponible du patrimoine, on peut dire alors que la réserve se trouve absolument adéquate à la succession : toutes les règles sur l'accroissement et la dévolution, c'est-à-dire les articles 785 et 786 s'appliquent immédiatement et sans aucune difficulté.

Si le père, outrepassant ses droits, n'a point tenu compte de la défense de la loi, la loi donne alors aux réservataires le moyen de faire rentrer dans la succession tous les biens qui en sont indûment sortis : ce moyen c'est l'action en réduction. Sanction de la défense portée aux articles 913 et 915, l'action en réduction appartient collectivement et solidairement à tous les enfants et à chacun d'eux ; elle a pour but unique de ramener la succession, c'est-à-dire l'ensemble des biens laissés par le défunt, à cette quotité du patrimoine qui n'aurait jamais dû être entamée, parce qu'elle était indisponible, à la réserve. Une fois la succession ramenée à cette quotité, mais alors seulement, elle se partage conformément aux règles générales des successions.

Mais, dit-on, les adversaires du cumul et de la légitime individuelle entendent mal l'article 786, et corrompent le sens de sa disposition. Ils soutiennent

que la part du réservataire renonçant accroît aux réservataires acceptants, ils oublient que l'art. 786 s'applique seulement à la succession d'un homme mort sans avoir fait de libéralités excessives : alors en effet l'obstacle qui restreint chaque héritier à moins que la totalité de la succession, disparaît par la renonciation du cohéritier de l'acceptant, et l'obstacle disparaissant, la part héréditaire augmente. Mais tout autre est la situation, lorsque le défunt a fait des libéralités entre-vifs ou testamentaires : ce n'est plus la présence du cohéritier en tant qu'héritier qui restreint la part de l'acceptant, c'est la présence d'un donataire ou d'un légataire, que ce donataire ou ce légataire soit précisément l'héritier renonçant, ou qu'il soit étranger. L'article 786 reste absolument en dehors d'une pareille hypothèse, c'est donc commettre une grave erreur que de l'y vouloir appliquer : la part dans la réserve du donataire renonçant n'accroît pas à l'héritier ou aux héritiers acceptants.

Nous répondons simplement que l'objection serait parfaitement valable, si les réservataires n'avaient point le droit de faire réduire les libéralités excessives, le droit de faire rentrer dans la masse héréditaire les biens qui en sont indûment sortis, et si ce droit ne leur était point collectivement et solidairement conféré par la loi, comme sanction de la défense faite au père de famille d'entamer par des dispositions à titre gratuit la portion indisponible de son patrimoine.

Après la réduction exercée, le patrimoine se trouve remis en l'état voulu par les articles 913 et 915, et c'est alors que la partie réservée de ce patrimoine formant la masse héréditaire, les règles relatives à l'accroissement et à la dévolution des successions doivent être naturellement appliquées.

On peut jusqu'à un certain point comparer l'action en réduction exercée par le réservataire de notre Code à la *querela inofficiosi, testamenti* intentée à l'époque du droit romain classique par l'enfant injustement exhéredé ou pourvu d'une légitime insuffisante.

Par la *querela* le testament du père fait *contra officium pietatis* tombait pour laisser s'ouvrir la succession légitime; par l'action en réduction, les libéralités faites au-delà de la limite légale disparaissent également pour laisser revenir à la succession *ab intestat* des biens qui doivent en faire partie, et qui n'auraient jamais dû sortir du patrimoine du défunt. — Si après l'ouverture de la succession légitime par le succès de la *querela* l'un des enfants répudiait ou s'abstenait de l'hérédité, sa part accroissait aux héritiers acceptants; de même, si après la réduction des libéralités excessives, quelqu'un des réservataires renonce, sa part accroît à ses cohéritiers acceptants. Les deux actions diffèrent, il est vrai, en ce que l'une, la *querela*, tend à substituer l'hérédité légitime à l'hérédité testamentaire, tandis que l'autre tend seu-

lement à augmenter l'hérédité légitime, que le testateur en présence d'héritiers à réserve n'a pu remplacer par la succession testamentaire ; mais cette différence n'a point grande importance au point où nous nous plaçons. Elle n'empêche pas que le mécanisme des deux actions soit assez analogue.

L'argument qu'on tire de l'article 786 contre notre manière de voir tombe à faux, puisque l'action en réduction a précisément pour effet de retirer au légataire ou au donataire la libéralité qu'il ne peut conserver, et d'augmenter jusqu'à due concurrence la masse héréditaire : après la réduction, le droit d'accroissement se comporte d'après les règles ordinaires.

Reste l'objection que l'action en réduction n'est pas une action héréditaire, puisque le défunt n'aurait pu l'exercer. Cette action, dit-on, n'est accordée au réservataire qu'en sa qualité d'enfant, et s'il doit, afin de l'exercer, prendre le titre d'héritier, c'est uniquement pour adjoindre un titre juridique à une qualité sans valeur légale. L'enfant renonçant, nanti de sa réserve, peut donc repousser la demande en réduction, en faisant valoir sa même qualité d'enfant et son titre de donataire.

Il est évident que l'action en réduction n'est pas une action héréditaire ; des héritiers ne peuvent en cette seule qualité attaquer et faire tomber les dons consentis par leur auteur. — L'action en réduction est

la sanction d'une défense faite au donateur de donner au-delà d'une certaine mesure, elle émane donc directement de la loi. — Si elle n'appartient qu'aux héritiers du défunt, bien qu'elle ne soit point action héréditaire, ce n'est en aucune façon parce que le législateur a voulu donner une couleur juridique à la qualité d'enfant ; c'est seulement parce que l'action en réduction a pour but et pour effet de grossir l'hérédité : elle est accordée à tous ceux, mais seulement à ceux qui peuvent prendre part en l'hérédité. — Le donataire renonçant opposera donc en vain sa double qualité d'enfant et de donataire ; il n'est pas héritier, il ne peut dès lors retenir aucune part des biens qui doivent rentrer dans la masse héréditaire : sa prétention de répondre à l'action par l'exception ne doit pas être admise.

L'opinion qui limite à la seule quotité disponible le droit de rétention du donataire renonçant, se montre très-rigoureuse à l'endroit du donataire par préciput, car lui du moins ne peut encourir le reproche, très-juste à l'adresse du donataire en avancement d'hoirie, de méconnaître les intentions du donateur. Il s'est trompé sans doute, quand il a renoncé ; mais il ne s'est point livré à des calculs malhonnêtes, puisque l'intention du défunt était précisément de lui conférer l'avantage de recueillir et la quotité disponible et sa part dans la réserve. Nous reconnaissons la valeur de ces observations, mais un principe domine toute la

matière : le donateur ne pouvait rien donner au-delà de son disponible, les réservataires ont le droit de faire appliquer la sanction portée à la défense faite par les articles 913 et 915 ; comme toute sanction, cette sanction est indivisible et appartient solidairement aux héritiers acceptants. L'hérédité se trouve donc augmentée par la réduction des libéralités excessives, et ceux-là seulement peuvent venir à partage qui ont le titre d'héritiers.

Le donataire par préciput, en abdiquant maladroitement sa qualité d'héritier, s'est mis dans l'impossibilité de prendre sa part dans la réserve. — C'est en vain qu'il invoque les derniers mots de l'article 844 et qu'il prétend pouvoir retenir en renonçant ce dont il n'aurait dû que le rapport en acceptant. — La loi, en soumettant seulement au rapport l'excédant de la libéralité préciputaire sur la quotité disponible, lorsque le donataire accepte, tient compte de ce fait que le donataire a droit comme héritier à sa part dans cet excédant ; elle fait donc fléchir exceptionnellement devant cette considération les règles ordinaires de la réduction ; mais ces règles reprennent leur empire dès que le préciputaire répudie. Alors les rapports de cohéritiers à cohéritier cessent, le débat n'existe plus que d'héritiers à donataire ou à légataire ; ce sont les principes généraux qui doivent trancher le conflit.

Le donataire par préciput se trouve victime de

son imprudence ou de son ignorance, mais pour réparer son erreur, il lui faudrait revenir sur sa renonciation par une sorte de *restitutio in integrum*, moyen évidemment inconnu dans le droit moderne : cette erreur est donc irréparable.

CHAPITRE IV

EFFETS DE LA CLAUSE DE PRÉCIPUT. — IMPUTATION DE LA LIBÉRALITÉ PRÉCIPUTAIRE. — CONFLIT ENTRE L'HÉRI-
TIER PRÉCIPUTAIRE ET SES COHÉRITIERS, LORSQU'UN DO-
NATAIRE EN AVANCEMENT D'HOIRIE PLUS ANCIEN RE-
NONCE A LA SUCCESSION.

Le donataire ou le légataire par préciput, lorsque le défunt meurt sans laisser d'héritiers à réserve, retient son don ou prélève son legs, si considérable que soit la libéralité, sans craindre jamais aucune réduction : la limite de la libéralité, c'est la limite même de la succession. La question d'imputation du don ne s'élève pas plus que la question de mesure du même don : c'est également sur tout l'ensemble des biens que porte cette imputation, et la division de la succession entre les deux lignes paternelle et maternelle, si elle doit avoir lieu, ne se fait qu'après déduction de la libéralité précipitaire. Les héritiers de la ligne, à laquelle n'appartient pas le donataire, ne peuvent

donc point prétendre que seuls les héritiers de la ligne à laquelle il appartient, doivent supporter la charge du don ou du legs par préciput. En effet, dans les successions non réservées, c'est le défunt lui-même qui fixe son disponible, en y comprenant les libéralités qu'il adresse soit à des héritiers, soit à des étrangers : le surplus seul forme sa succession, ce surplus seul doit donc se diviser en deux moitiés en vertu des articles 746 et 753.

Mais la question d'imputation s'élève, au contraire, lorsque le défunt laisse des héritiers réservataires, lorsque l'hérédité se trouve partagée en une portion disponible et une portion indisponible.

Le second effet de la clause de préciput ou de dispense de rapport est précisément de résoudre cette nouvelle question. En écartant l'obligation de rapporter, elle écarte du même coup l'imputation sur la réserve du don fait au successible et dirige cette imputation sur la quotité disponible. Les articles 843, 844 et 919, ne peuvent laisser s'élever aucun doute : donner ou léguer hors part, c'est donner ou léguer autre chose que la part héréditaire, autre chose que la part dans la réserve, c'est donner ou léguer la quotité disponible. L'héritier avantagé impute donc sur ce qu'il retient ou réclame, il impute sur la quotité disponible et jusqu'à concurrence de cette quotité. Rien n'est plus conforme à l'intention du disposant.

L'intérêt du préciputaire est évidemment de trouver

une quotité disponible aussi libre, aussi dégagée que possible. S'il rencontre en effet des étrangers donataires plus anciens que lui, son avantage diminue de tout ce que ces premiers donataires retiennent de la quotité disponible ; s'il voit à côté de lui des légataires étrangers, il subit leur concours. Jusqu'ici point de difficulté : la seule question de date s'élève entre les avantagés ; les moins anciens le cèdent aux plus anciens.

Jusqu'ici également, le second effet de la clause de préciput n'a point concerné les cohéritiers du précipitaire : réduits à leur réserve, peu leur importe que la quotité disponible passe entre les mains de tels ou tels. L'égalité une fois rompue et le disponible distribué, la question d'imputation ne leur est d'aucun intérêt : ils ont toujours la certitude d'obtenir leur réserve par l'action en réduction qu'ils intenteront indifféremment contre leurs cohéritiers précipitaires ou contre les donataires non héritiers.

Mais le défunt a pu conférer à l'un de ses enfants un don sans clause de préciput, puis donner son disponible à un autre fils en le dispensant du rapport. Si le donataire sans clause de préciput renonce, va-t-il imputer son don sur la quotité disponible et nuire gravement ainsi au second donataire ? va-t-il au contraire imputer son don sur sa part héréditaire et dégager de la sorte l'objet du préciput, la quotité disponible ? L'intérêt de la question est considérable, aussi la contro-

verse s'est-elle très-fréquemment élevée. En fait¹, le débat, bien qu'il puisse naître au sujet d'un don fait à un étranger, s'est presque toujours ouvert à l'occasion d'une donation ou d'un legs par préciput. Le point doit donc être traité dans une étude sur les libéralités préciputaires.

Remarquons de suite qu'un lien très-étroit unit cette nouvelle question à celle déjà traitée de savoir si dans notre droit la réserve est individuelle, ou collective. Les partisans de la réserve individuelle, en admettant qu'un donataire renonçant peut conserver sa part de réserve, imputent naturellement sur cette part de réserve le don fait sans dispense de rapport : la situation du préciputaire postérieur ne se trouve donc compromise que si le don fait sans dispense de rapport dépasse la part du renonçant dans la réserve et déborde sur le disponible. Au contraire, les partisans de la réserve collective, en déclarant qu'un héritier renonçant ne peut avoir aucune part dans la réserve, se trouvent tout disposés à diriger l'imputation du don sans clause de préciput sur la quotité disponible : la situation du préciputaire devient donc très-périlleuse, puisque son préciput va se trouver diminué de toute la valeur de la retenue exercée par le premier donataire renonçant.

Cette conséquence, rigoureusement déduite de la

1. V. Cass. 1834, S. 34, 1, 446 ; Limoges, 1835, S. 36, 2, 95 ; Lyon, 1836, S. 36, 2, 95 ; Cass. 1836, S. 35, 1, 449.

nature collective de la réserve en droit français, a paru si grave, que la jurisprudence d'abord, et à sa suite d'estimables auteurs, ont essayé de l'écarter, en formulant, à côté de la théorie du non-cumul, cette autre théorie de l'imputation du don en avancement d'hoirie sur la réserve du donataire, lorsque ce donataire renonce à la succession.

Remarquons encore que le débat s'élève non pas entre les héritiers acceptants et le donataire en avancement d'hoirie renonçant, celui-ci peut dans tous les cas retenir une valeur égale à la quotité disponible, mais entre les héritiers non avantagés et l'héritier préciputaire : le renonçant n'est pas acteur, il suscite seulement l'occasion du débat. Pour savoir en effet si le donataire ou le légataire par préciput, dont le titre est postérieur à la donation sans dispense de rapport, peut, malgré la renonciation du donataire sans clause de préciput, réclamer aux héritiers l'avantage à lui conféré par le défunt, il faut avant tout déterminer l'objet de la retenue exercée par le renonçant, l'assiette de cette retenue : doit-elle s'imputer sur la quotité disponible, ou sur cette portion de la masse réservée qui aurait formé la réserve personnelle du renonçant, si ce dernier n'avait point renoncé?

I

Suivant MM. Aubry et Rau, les deux questions du

cumul et de l'imputation sont deux questions absolument distinctes : c'est donc une erreur juridique très-grave et une maladresse insigne que de vouloir préjuger la solution de l'une par la solution de l'autre. Cette erreur et cette maladresse, la jurisprudence les a pourtant commises.

En 1818, dans l'arrêt Laroque de Mons, la Cour de Cassation, au lieu de statuer purement et simplement sur la question du cumul, et d'opposer aux prétentions du donataire renonçant le texte si précis de l'article 845, au lieu de se borner à déterminer la mesure de la retenue, en déclarant qu'elle ne pouvait jamais excéder la quotité disponible, la Cour de Cassation précisa la nature de cette retenue et décida que l'objet en était la quotité disponible elle-même : le pourvoi ne touchait pourtant point la question d'imputation, puisque le débat entre le donataire renonçant et ses cohéritiers acceptants portait seulement sur l'importance du droit de rétention.

L'imprudence de la Cour Suprême qui liait sans raison deux théories distinctes, fut bientôt relevée par les héritiers réservataires. Ceux-ci, lorsqu'ils se trouvèrent en présence de donataires par préciput dont le titre était postérieur en date à une donation sans dispense de rapport, ne manquèrent point de faire valoir que le donataire en avancement d'hoirie retenait en renonçant toute la quotité disponible : dès lors, toutes autres dispositions par préciput devenaient inutiles.

Pour rejeter ces prétentions, la Cour de Cassation, frappée des conséquences excessives, mais exactes, qu'on voulait tirer de son précédent arrêt, aurait pu se contenter de faire ressortir le caractère du don fait sans dispense de rapport, caractère que ne pouvait effacer la renonciation du donataire.

Mais elle voulut motiver plus fortement sa décision, et, retombant dans les mêmes errements, elle commit en sens inverse la même imprudence qu'en 1818. Comme elle avait, pour proscrire le cumul, compromis les droits des donataires ou légataires par préciput, en décidant que le donataire sans dispense de rapport retenait en renonçant la quotité disponible elle-même; en 1834, pour sauvegarder les intérêts des donataires par préciput, elle compromit les droits des cohéritiers acceptants vis-à-vis du donataire renonçant, en décidant que ce donataire retenait sa part de réserve en sa qualité d'enfant, qualité qu'il ne pouvait ni perdre ni abdiquer par sa renonciation.

C'était une fois encore réunir deux questions indépendantes, et qui pis est, vouloir combiner maladroitement deux raisonnements contradictoires. Tantôt, pour empêcher l'enfant renonçant de conserver un avantage excessif, on lui défendait de conserver sa part de réserve, parce que cette part était une fraction intégrante de la succession, et tantôt, pour respecter les droits des donataires par préciput,

on disait aux réservataires acceptants : Ce que le donataire renonçant retient, c'est non point la quotité disponible, c'est sa propre part de réserve, donc laissez le disponible au précipitaire.

Les motifs indiqués dans l'arrêt de Castille étaient singulièrement dangereux, et l'on ne tarda pas à s'en apercevoir. En 1843, la Cour Suprême, revenant sur sa jurisprudence antérieure, permit au donataire de cumuler la quotité disponible avec sa part dans la réserve, « attendu que l'enfant donataire renonçant n'abdique point sa part dans la réserve légale à laquelle sa qualité d'enfant lui donne droit¹. »

L'habitude de ne point distinguer le cumul et l'imputation est si enracinée qu'aujourd'hui encore la jurisprudence, revenue, depuis 1863, sur la théorie du cumul aux seuls principes vraiment juridiques; n'hésite pas à proclamer que l'objet même de la retenue exercée par le donataire en avancement d'hoirie, c'est la quotité disponible, et seulement la quotité disponible. Elle raisonne ainsi : par sa renonciation, l'héritier donataire en avancement d'hoirie perd tout droit à la réserve, qui n'est autre que la succession même ; sa part accroît donc à ses cohéritiers, mais comme l'article 845 lui permet de retenir, malgré la renonciation, son don jusqu'à concurrence de la quotité disponible, force est bien d'en conclure que le don fait sans dispense de rapport s'impute sur cette

1. Aubry, Avancement d'hoirie, *Rev. prat.* t. III, p. 482-493

quotité et non sur la part du renonçant dans la réserve.

MM. Aubry et Rau, qui soutiennent avec énergie l'imputation du don en avancement d'hoirie sur la part de réserve du donataire renonçant, ne peuvent admettre cette manière de raisonner. — Le législateur de 1804 avait à cœur d'assurer jusqu'à un certain point l'égalité entre cohéritiers d'une part, de laisser, d'autre part, au testateur une certaine latitude dans la répartition de sa fortune. En principe donc, les enfants doivent rapporter ce qu'ils ont reçu du disposant, afin de partager également ; mais comme il est parfaitement légitime qu'un père puisse récompenser la piété filiale ou réparer les coups de la fortune adverse, les articles 843 et 919 autorisent dans une certaine limite la dispense de rapport, la libéralité précipitaire. Étant donné l'intention du législateur, la logique aurait voulu que seule la dispense de rapport eût le pouvoir de dispenser du rapport un enfant donataire ; ainsi seulement les prévisions du père de famille n'auraient jamais été trompées. Mais c'était une règle admise dans l'ancien droit commun de la France, que le donataire en avancement d'hoirie se soustrayait au rapport en renonçant à la succession. Malgré l'atteinte grave que cette renonciation pouvait porter à l'égalité, il semblait naturel qu'un enfant eût le droit de se mettre dans une situation analogue à celle d'un donataire étranger. Les rédacteurs du Code consacrer-

rent le droit des coutumes d'option et permirent à l'héritier renonçant de retenir le don entre-vifs jusqu'à concurrence de la quotité disponible.

Mais alors se pose la question de l'imputation, question nouvelle que la renonciation du donataire en avancement d'hoirie ne pouvait soulever dans l'ancien droit, par la raison bien simple que le renonçant de l'ancien droit retenait sa légitime, la légitime y étant individuelle et non point collective comme dans le droit nouveau. Maintenant que la succession totale se divise en deux masses distinctes, il faut déterminer laquelle de ces deux masses doit supporter le don fait sans dispense de rapport : c'est ainsi que la renonciation du donataire en avancement d'hoirie intéresse non seulement les cohéritiers du renonçant qui, naturellement, font tous leurs efforts pour réduire la retenue à son minimum, mais encore les donataires étrangers ou par préciput, qui désirent décharger, pour la conserver libre, cette portion de la succession qui peut seule supporter le poids des libéralités à eux conférées.

D'après les partisans de l'imputation, il faut, pour résoudre la difficulté d'une façon vraiment juridique, reporter le débat sur son véritable terrain, c'est-à-dire, examiner si oui ou non, le défunt, en faisant à l'un de ses successibles une donation sans clause de préciput, a diminué la masse de sa future succession ; s'il a, oui ou non, voulu user du droit que lui recon-

naît la loi de disposer, à titre gratuit, d'une partie de son disponible : « Or, s'il est évident, d'après ce *criterium*, qu'une donation faite soit à un étranger, soit par préciput à un successible, doit s'imputer sur la quotité disponible, il n'est pas moins certain, à l'inverse, qu'une donation en simple avancement d'hoirie n'est point imputable sur cette quotité, puisqu'en faisant une pareille donation, dont il entend que la valeur soit réintégrée dans la masse héréditaire, le donateur ne diminue réellement pas cette dernière, et conserve ainsi intact son droit de disposition ¹. »

Le donateur, lorsqu'il donne sans clause de préciput, et le donataire, lorsqu'il reçoit, passent une convention à l'irrévocabilité de laquelle ils ne peuvent plus se soustraire : en vertu de cette convention le donateur se dépouille actuellement et d'une manière définitive, mais il indique d'une manière évidente en n'ajoutant point à la donation la dispense de rapport, que cette libéralité ne doit point s'imputer sur la quotité disponible. La dispense de rapport, en effet, peut seule rendre obligatoire l'imputation sur cette quotité, parce que seule elle enlève à la donation faite à l'un des successibles son caractère d'avancement d'hoirie. Il faut donc, pour retirer au donateur son droit de disposition, qu'un fait volontaire de sa part indique expressément son intention d'abandonner à son héritier présomptif la quotité disponible elle-

— 1. Aubry, *ibid.* pp. 503-508.

même. — En acceptant l'avancement d'hoirie, le donataire, de son côté, se soumet à la loi du contrat et prend l'engagement d'imputer sur sa réserve le don qu'il reçoit : il lui est dès lors impossible de se soustraire par la renonciation à l'obligation contractée ; les principes généraux du droit enseignent en effet qu'un acte unilatéralement émané de l'une des parties, comme l'est une renonciation à succession, ne peut priver l'autre des droits qu'elle a stipulés ou qu'elle s'est réservés par la convention. Ainsi, le donateur qui s'est réservé, malgré le don fait au successeur, le droit de disposer ultérieurement en faveur d'un étranger ou en faveur d'un autre de ses héritiers par préciput, le donateur conserve cette faculté malgré la renonciation du donataire.

Il est inutile d'insister sur les inconvénients qu'entraînerait une décision contraire, qui laisserait le donataire en avancement d'hoirie maître de modifier à son gré et de bouleverser même les dernières volontés du défunt. Elle encouragerait, au grand détriment des donataires ou légataires par préciput, une collusion coupable entre le donataire en avancement d'hoirie et ses cohéritiers ; elle susciterait des renonciations frauduleuses dans un but malhonnête. De son côté le père de famille, craignant ces calculs coupables, ne voudrait plus doter ni établir ses enfants, puisqu'un simple avancement d'hoirie pourrait contre son attente le dépouiller d'un droit qu'on peut justement

considérer comme la sanction de la puissance paternelle.

Mais on oppose à ces considérations l'évidente similitude qui existe entre la retenue permise par l'article 845 et la dispense de rapport émanée du donateur. Or la dispense du rapport a pour conséquence de faire imputer sur la quotité disponible la libéralité précipitaire, comment pourrait-il donc en être autrement de la rétention après renonciation ?

A cette objection, M. Aubry répond qu'on ne saurait en effet méconnaître l'analogie des deux situations, mais qu'il est imprudent de conclure de certains points de ressemblance à une identité complète. Oui, sans doute, dans l'hypothèse d'une dispense de rapport, comme dans l'hypothèse de la renonciation du donataire, l'obligation de rapporter cesse, mais le fondement juridique de ces deux dispenses est pour chacune essentiellement différent. Tandis que le précipitaire, en ne rapportant point, ne fait que se conformer exactement aux intentions du donateur, qui a voulu lui conférer un avantage exceptionnel, le donataire en avancement d'hoirie qui renonce, méconnaît ouvertement la volonté du défunt, en refusant de se soumettre à la loi de l'égalité que le défunt n'a point écartée. Tandis que la dispense de rapport en faveur du précipitaire émane directement de l'expresse volonté du disposant, qui a dirigé lui-même l'imputation sur la quotité disponi-

ble, la dispense de rapport dont bénéficie le donataire en avancement d'hoirie renonçant, émane seulement de la loi, qui certainement ici ne s'inspire pas de la volonté présumée du donateur, mais consacre simplement les anciennes dispositions des coutumes d'option.

Il faut d'ailleurs soigneusement distinguer la question du rapport, où le principe de l'égalité successorale est seul intéressé, et la question de l'imputation, qui met en jeu le droit de disposition du donateur : « Or, pour la solution de la question d'imputation, il convient de s'attacher bien moins au point de savoir si la donation devra oui ou non être rapportée, qu'à celui de savoir si, en la faisant, soit par préciput, soit en simple avancement d'hoirie, le donateur a usé ou n'a pas usé de la faculté de disposer d'une certaine portion de son patrimoine. — Par la renonciation du donataire, le don en avancement d'hoirie perd l'un de ses caractères en vertu de la toute-puissance de la loi, celui d'être rapportable à la succession du donateur, mais il conserve intact cet autre caractère de n'être jamais imputable sur la quotité disponible, puisque la loi qui seule pourrait le lui retirer, reste muette sur ce dernier point. Si la renonciation peut bien avoir pour effet de dispenser le donataire du rapport vis-à-vis de ses cohéritiers, par cette raison très-simple et très-juridique que nul ne doit le rapport s'il n'est héritier, elle ne peut point empêcher que le

défunt en disposant par avancement d'hoirie n'ait, jusqu'à due concurrence, satisfait à l'obligation de laisser à ses héritiers à réserve une certaine portion de sa fortune ; dès lors cette renonciation ne peut enlever aux biens retenus ou réclamés par le renonçant le caractère de biens donnés en avancement d'hoirie ou à valoir sur la réserve, caractère qu'ils conservent dans l'intérêt des donataires ou légataires ultérieurs, qui sont à cet égard les ayants cause du défunt ¹. »

Le père, en attribuant dès avant l'ouverture de son hérité une partie de ses biens au donataire en avancement d'hoirie, s'empresse de satisfaire à l'obligation légale et morale qui lui incombe de laisser au réservataire sa part de réserve ; quand il vient à mourir après avoir disposé de sa quotité disponible par acte entre-vifs ou par testament, il meurt donc saisi de ce droit de disposition, sans qu'aucun fait postérieur au décès puisse en aucune manière le lui ravir. Car c'est un principe évident qu'une personne décédée, de même qu'elle ne peut plus rien acquérir, ne peut plus rien perdre.

Sans doute la renonciation du donataire en avancement d'hoirie va rétroagir au jour de l'ouverture de la succession, mais cette rétroactivité qui n'a d'effet que pour fixer la position du renonçant vis-à-vis des cohéritiers acceptants, ne peut exercer aucune in-

1. Aubry et Rau, VII, p. 216, no 39.

fluence sur la nature et sur l'étendue des droits dont le disposant avait encore la jouissance au moment même de sa mort. Vouloir étendre hors de sa sphère la fiction de rétroactivité, et décider qu'à l'instant même du décès l'imputation du don fait sans dispense de rapport, doit être reportée sur la quotité disponible, c'est méconnaître les principes du droit les plus élémentaires.

La théorie de l'imputation qui protège les donataires et légataires par préciput contre l'action en réduction des héritiers acceptants, ne profite d'ailleurs jamais à la personne du donataire renonçant : ainsi, lorsque les libéralités préciputaires antérieures au don fait sans dispense de rapport, absorbent la totalité de la quotité disponible, le donataire renonçant ne peut rien retenir. En pareille circonstance, en effet, le donateur a épuisé sa portion disponible ; si donc le donataire retenait encore une partie de la succession, il retiendrait sa part de réserve, ce qui n'est point admissible étant donné le caractère collectif de la réserve en droit français.

Cette théorie n'a donc point toute l'étendue que ses adversaires lui supposent quelquefois, afin de la mettre plus aisément en désaccord avec la nature de la réserve : non, l'enfant donataire ou légataire qui renonce ne retient pas d'abord sa part de réserve, et de plus la quotité disponible, mais jusqu'à concurrence seulement d'une valeur égale à cette quotité ; traduire ainsi

la théorie de l'imputation, c'est en donner une mauvaise formule, c'est confondre la rétention dont le fait est personnel au renonçant, avec l'imputation dont le fait concerne seulement les réservataires acceptants. Ceux-ci sont tenus, lorsqu'ils demandent la réduction de dispositions postérieures au don en avancement d'hoirie, d'imputer ce don sur la réserve jusqu'à concurrence de la part qu'y aurait eue le renonçant, si, au lieu de renoncer, il avait accepté la succession. Le mode d'imputation doit demeurer absolument indifférent au donataire renonçant, dont le droit dépend uniquement de la question de savoir si oui ou non la quantité disponible a été épuisée antérieurement au don fait sans dispense de rapport. — C'est uniquement parce que l'on veut toujours confondre le double jeu de la rétention et de l'imputation; parce que l'on évite de distinguer avec soin la sphère d'action propre à chacune de ces deux théories, que l'on découvre une prétendue opposition entre ces deux mécanismes juridiques. Il y a parallélisme des deux théories, mais non dépendance réciproque. Les intérêts en jeu sont différents, les règles sont distinctes; la rétention concerne les rapports du donataire renonçant avec ses cohéritiers acceptants; l'imputation concerne les rapports des héritiers acceptants avec les donataires ou légataires par préciput ou étrangers.

II

Les défenseurs de la théorie de l'imputation fondent en définitive leur argument principal sur la nature prétendue du don fait avec la clause, ou plutôt avec la mention, expresse ou sous-entendue, d'avancement d'hoirie. Le donateur ne prévoit pas la renonciation du donataire, parce que cette renonciation est un fait insolite et dès lors assez peu présumable; il ne donne à son héritier présomptif que la valeur représentative de sa part dans la future succession, et se réserve, tacitement au moins, le droit de conférer ultérieurement la quotité disponible à qui bon lui semblera.

Le donataire qui connaît les intentions du disposant devrait, pour se conformer strictement à la loi du contrat, chasser de son esprit toute pensée de renonciation à la succession. Le Code lui permet pourtant au jour du décès d'abdiquer la qualité d'héritier et de conserver le bénéfice de la libéralité : c'est une dérogation grave aux arrangements conventionnels, dérogation qu'il faut donc circonscrire exactement dans ses effets, dans ses résultats. Que le donataire conserve son don jusqu'à concurrence de la limite légale, soit; mais respect n'en est pas moins dû à l'intention du donateur, qui s'est réservé en n'ajoutant point la clause de préciput, le droit de disposer

ultérieurement de sa portion de biens disponibles.

Cette manière de concevoir le don fait sans dispense de rapport nous paraît absolument contraire à l'histoire de l'ancienne clause d'avancement d'hoirie et aux principes généraux du droit ancien ou moderne en matière de donation. Elle a le tort de présenter la clause d'avancement d'hoirie comme peu conciliable avec le droit du donataire de demeurer en-dehors de la succession du donateur; elle semble créer un mode spécial de disposition à titre gratuit, la donation en avancement d'hoirie. Elle méconnaît enfin cette vérité qui nous paraît incontestable, que l'avancement d'hoirie ne se conçoit plus dans notre Code, où l'on doit distinguer non plus le don en avancement d'hoirie et le don par préciput, mais seulement la libéralité sans dispense de rapport et la libéralité préciputaire.

Essayons de dégager ce qu'était autrefois le don fait en avancement d'hoirie; nous verrons ensuite comment la rétention exercée par le donataire renonçant ne répugne en aucune façon à la nature juridique du don fait sans dispense de rapport, et comment cette rétention doit être imputée non point sur la part de réserve du renonçant, mais bien sur la quotité disponible elle-même.

A l'époque ancienne de la communauté de biens, tout membre de la famille qui sortait de ce groupe collectif pour vivre d'une manière indépendante hors

de la maison paternelle, cessait de participer aux avantages de la communauté, il était *forisfamiliatus* : le plus souvent, c'était au moment de son mariage que le fils abandonnait la demeure familiale, pour aller lui-même fonder une souche nouvelle. Il était donc naturel que son père lui remit une portion des biens communs représentant sa part dans la communauté. Cette attribution, le fils avait même peut-être le droit de la réclamer malgré la volonté contraire du chef de famille : aujourd'hui encore, là où la communauté de famille n'a point disparu, chez les Slaves du Sud, par exemple, le fils a le droit de réclamer sa part de biens du vivant même de son père ¹.

Cette règle primitive de la propriété familiale a laissé quelques traces dans le droit successoral du moyen-âge : ceux-là seuls, dans quelques pays, ont le droit de succéder à leur père qui sont demeurés dans la maison paternelle ; les enfants mariés et dotés sont exclus, parce qu'ils ont en sortant de la famille, emporté la valeur représentative de leurs droits dans le patrimoine du père. C'est ainsi qu'à Amiens, au XIII^e siècle, l'article 50 de la Coutume réserve aux seuls enfants non mariés le droit de venir au partage des biens du défunt.

« Se aucuns home ou se feme marient aucuns de leurs enfans et leur donnent de leurs biens, chil qui sont

1. Hube, *Exposé historique du droit de succession chez les Slaves*, trad. all. Posen, 1836

marié au vivant leur pere et mere ne poent riens demander au remanant de tous les biens de leur pere et leur mere, soient meuble ou hyretage, ou acquestes, ne en l'iretage dont leur mere est douée, s'il n'est enci que le condicions du mariage ne soit tels que pour cose que il emporte, ne quicte il mie le remanant; car toutes condicions de mariage qui sont faictes sans fraude sont à tenir ¹. »

Le droit orléanais fait la même distinction entre les enfants non mariés et les enfants mariés et dotés, comme le prouvent quelques passages du livre de *Jostice et de Plet* et des *Établissements de Saint-Louis* ².

Delaurière nous enseigne de même dans son commentaire sur la Coutume de Paris « que l'on doit remarquer qu'anciennement les enfants mariés, comme émancipés, étaient exclus par leurs frères et sœurs non mariés, de la succession de leur père et mère,

1. A. Thierry, *Recueil des monum. inéd. de l'Hist. du Tiers-Etat*; 1^{re} série, région du Nord, t. I, p. 166 et 167.

2. *Jostice et Plet*, Edit. Rapetti, titre XXI, par. 5 : Se aucuns a vile-nage, et il et sa feme marie ses enfanz à aucuns, et aucuns remeigne avec leur pere ou avec la mere, et il i eist part d'eritage : cil qui remaint en la sele aura tot ce que père et mère aura, par queque manière leiale il li viegne. Et ce est ausint en fiez et en vilenages ; car quantque père et mère fait, si est estable.

Titre XXIV, par. 1 : Uns hons et sa feme ont troiz enfanz, et en marièrent les deus ; enprès li pere et la mere morirent. Toutes les remenances des choses mobles, et escheetes, et conquez, et patremoine, seront as derreniez enfanz, qui remaingrent sang partie.

Etablis. de St-Louis : Ce que pere et mere fait à ses enfanz durant le mariage si est estable. Et s'il marie son fil ou sa fille, si s'en va quites à ce que pere et mere li donne, sans retour. Edit. Viollet, t. II, p. 418. Comp. t. I, p. 130-132.

s'ils n'avaient été réservés par contrat de mariage. » Il cite à l'appui la 236^e décision de Jean des Mares, avocat général au Parlement de Paris, pendant la deuxième moitié du XIV^e siècle: « Si aucuns enfans sont mariés de biens communs et autres enfans demeurent en celle, c'est-à-dire en domicile de pere et de mere, iceux enfans renoncent taisiblement à la succession de père et mère, ni puent rien demander au préjudice des demeurants en celle, supposé qu'ils rapportassent ce qui donné leur a été en mariage; car par mariage ils sont mis hors la main de père et de mère, si ce n'est que par exprès il eût été réservé, au traité de mariage, que par rapportant ce qui donné leur a été en mariage ils puissent succéder à leur père et mère avec leurs frères et sœurs qui sont demeurés en celle. Et si tous les enfans avoient été mariez vivants père et mère et au traité de mariage ait été dit que par rapportant, etc., comme dit est: toutefois, après la mort de père et mère, ils viennent à la succession d'iceux sans rapporter; car il n'y a nuls enfans demeurés en celle, mais sont de pareille condition, c'est à savoir mariés ¹. »

Loysel dit aussi dans son pittoresque langage: « Feu et leu font mancipation: et enfans mariés sont tenus pour hors de pain et pot, c'est-à-dire, émancipés ². »

Mais en même temps qu'ils prononcent l'exclusion

1. Delaurière, sur l'art. 26.

2. Loysel, Inst. Coutum., titre des Personnes, par. 38.

de l'enfant doté, les textes nous indiquent que cette exclusion pouvait cesser, si par une clause spéciale de la donation, le donateur indiquait son intention de réserver à l'enfant marié le droit de venir prendre sa part dans les biens de la succession. Il y avait alors un véritable rappel à succession, et ce rappel à succession résultait précisément de la clause d'avancement d'hoirie insérée dans la donation. « Selon cet ancien droit, rapporte Delaurière, si le père a donné à son fils en avancement d'hoirie le fils est réservé; si non il ne l'est pas ¹. »

Il ne s'agit d'ailleurs que d'une pure faculté : le fils est absolument libre de venir ou de ne point venir au partage, son intérêt doit être son seul guide : la clause est pour lui toute de faveur. Elle a de plus cet autre effet, quand l'objet de la donation est un fief, d'affranchir le donataire de l'obligation de payer au seigneur les droits de relief.

Ainsi la clause d'avancement d'hoirie, bien loin d'impliquer pour le donataire l'obligation de prendre la qualité d'héritier, sous peine de perdre le bénéfice de la donation, lui procure simplement l'avantage de choisir librement le parti qui lui semble préférable : demeurer exclu de la succession, ou bien au contraire rentrer dans ses droits d'héritier, en rapportant à ses cohéritiers tout l'émolument de la libéralité.

L'usage s'établit rapidement d'ajouter toujours la

1. Cout. de Paris, *Ibid.*

clause d'avancement d'hoirie aux donations faites par le père à l'un de ses enfants; aussi lors de la première rédaction de la Coutume de Paris, l'article 159 décida-t-il qu'il fallait toujours considérer cette clause comme sous-entendue : « Quand père et mère ont donné à leurs enfanz, ou aucun d'eux, aucun héritage, tel héritage est réputé donné en avancement d'hoirie. »

L'article 17 au Chapitre De matière féodale et l'article 123 au Chapitre De Succession consacrèrent donc la double conséquence attribuée par l'usage à la clause d'avancement d'hoirie.

D'une part, l'enfant est considéré tenir le fief par héritage et non par donation : « Le fils auquel son père ou mère, ayeul ou ayeulle, ont donné aucun héritage tenu en fief, en avancement d'hoirie, ne doit que la bouche et les mains au seigneur féodal dudit fief, ne plus que si ledit fief estoit escheu par le trespas et succession de ses père et mère, ayeul ou ayeulle. »

D'autre part, l'enfant peut venir à partage en rapportant son don. « Enfanz mariez de biens communs de père et de mère, après leur trespas peuvent venir à leur succession avec les autres enfanz, leurs frères et sœurs, qui n'ont été mariez de bien commun desdits père et mère, en rapportant ce qu'il leur en auroit été donné en mariage, ou moins prenant esdictes successions. »

Nulle difficulté ne se serait élevée sur la nature et les effets de la clause d'avancement d'hoirie, si Dumoulin, dans son commentaire sur la Coutume de Paris, au lieu de donner libre carrière à sa trop puissante imagination, avait simplement accepté l'explication historique des articles 159, 17 et 123. Mais, dominé par cette idée que le père en donnant à l'un de ses enfants, entendait lui donner sa part même de succession, le célèbre jurisconsulte déclara qu'il fallait distinguer entre la donation où la clause d'avancement d'hoirie était expressément insérée, et la donation où cette même clause n'était que sous-entendue. — Dans la première hypothèse, l'enfant n'a pas le droit, après la mort de son père, de renoncer à la succession pour s'en tenir à son don : de toute façon le don est résolu. Si l'enfant accepte, il doit le rapport à ses cohéritiers et n'a par suite aucun titre à se prévaloir vis-à-vis de ses frères et sœurs de la libéralité qu'il tient du défunt ; s'il renonce, il ne peut rien retenir, car les biens donnés forment une partie intégrante de la succession qu'il répudie. *Donatio resolvitur tanquam causa finali non secuta*. Le seul avantage que retire un donataire d'une donation expressément faite en avancement d'hoirie, c'est la jouissance des fruits jusqu'au jour du décès du donateur : *Solum lucratur fructus perceptos durante vita patris donatoris*¹.

Au contraire, lorsque la clause d'avancement d'hoi-

1. Dumoulin, sur la *Cout. de Paris*. t. I, p. 910, art. 159.

rie n'est que sous-entendue, Dumoulin reconnaît au donataire le droit d'éviter la nécessité du rapport en renonçant à la succession, mais il n'indique pas la raison de la distinction : s'il est vrai que le père en donnant à l'un de ses enfants ne lui donne que sa part future de succession, comment comprendre l'importance qu'attache le jurisconsulte au point de savoir si la clause d'avancement d'hoirie est ou n'est pas formellement exprimée. Le caractère de la donation ne peut évidemment changer d'une hypothèse à l'autre. Aussi la théorie divinatoire, exposée par Dumoulin, ne pouvait-elle prévaloir : repoussée par la jurisprudence du Parlement dès avant la nouvelle rédaction de la Coutume de Paris, elle succombe définitivement devant l'article 307 de la seconde Coutume : « Néanmoins où celui auquel on aurait donné, se voudroit tenir à son don, faire le peut en s'abstenant de l'hérédité, la légitime réservée aux autres enfants. »

Tous les anciens auteurs sont unanimes à reconnaître que l'article 307 avait pour but unique de faire cesser toute controverse, en proscrivant le système échafaudé par le trop subtil jurisconsulte.

Ce fait est donc incontestablement acquis que dans l'ancien droit la renonciation de l'enfant donataire en avancement d'hoirie ne présentait rien d'anormal, rien d'exhorbitant : l'enfant usait simplement du droit à lui reconnu depuis longtemps de demeurer en dehors de l'hérédité. Nul ne pouvait lui reprocher de

méconnaître les intentions du donateur, puisque la clause d'avancement d'hoirie avait pour effet unique de donner au donataire la faculté de venir à partage en rapportant, faculté dont il était maître de ne point faire usage.

Quant aux donataires étrangers dont le titre était postérieur en date au don en avancement d'hoirie, ils ne pouvaient se plaindre de la renonciation de l'enfant donataire. Nous savons en effet que le renonçant *aliquo accepto* faisait part pour la détermination de la légitime individuelle de chacun des enfants, et que le disponible se trouvait ainsi augmenté de la légitime personnelle de l'enfant renonçant. Les donataires étrangers conservaient donc leurs dons jusqu'à concurrence de la différence existant entre le don en avancement d'hoirie et le disponible ordinaire augmenté de la légitime du renonçant.

La clause expresse d'avancement d'hoirie devint absolument inutile à partir du jour où la coutume de Paris la considéra comme sous-entendue dans toutes les donations faites par le père à ses enfants ; mais une habitude prise ne se perd pas aisément : les notaires continuèrent donc à insérer cette clause dans les contrats de mariage. C'est ainsi qu'elle parvint jusqu'au Code Civil, qui d'ailleurs ne la nomme qu'une fois, dans l'article 514 ; c'est ainsi qu'elle survécut aux innovations considérables introduites dans les règles de la réserve et de la quotité disponible.

On oppose aujourd'hui la donation en avancement d'hoirie, c'est-à-dire, la donation faite sans clause de préciput par le donateur à l'un de ses héritiers présomptifs, à la donation ordinaire faite par le disposant à des personnes étrangères: « Peut-on d'une manière absolue assimiler à un donataire ou légataire étranger le successible donataire ou légataire en avancement d'hoirie qui renonce à la succession pour s'en tenir à son don ou à son legs, et considérer les biens que ce dernier est autorisé à retenir ou à réclamer comme lui avenant au même titre que celui auquel le premier recueille les biens qui lui ont été donnés ou légués? » Quand un père donne à l'un de ses enfants, dit-on, il a toujours en vue dans la personne du donataire sa qualité d'héritier futur, et c'est à proprement parler, la part future de cet enfant dans la succession, qu'il entend lui attribuer par avance. La renonciation du donataire devrait donc logiquement résoudre la donation, puisque l'enfant en abdiquant la qualité d'héritier, ne peut plus prétendre conserver une portion de la succession. La loi néanmoins décide le contraire, mais tout au moins faut-il ne pas aggraver la décision de l'article 845, en lui donnant effet sur les rapports qui naissent entre le donataire en avancement d'hoirie renonçant et les donataires ou légataires par préciput postérieurs au don fait sans dispense de rapport: l'article 845 ne peut empêcher que le donateur en donnant en avancement d'hoirie ne

se soit réservé le droit de disposer ultérieurement de la quotité disponible; les préciputaires ont donc le droit d'exiger des héritiers acceptants qu'ils imputent le don sans dispense de rapport sur la part du donataire renonçant.

Il doit suffire, à notre avis, de se rappeler l'origine de la clause d'avancement d'hoirie, pour écarter la distinction qu'on essaie d'établir entre la donation ordinaire et la donation faite avec cette clause. On soutient que le donataire en avancement d'hoirie dénature, en renonçant, le caractère de la libéralité qu'il a reçue, parce que le donateur ne prévoyait pas la renonciation. Rien n'est plus faux: primitivement l'enfant donataire se trouvait par le fait même de la donation exclu de la succession; pour lui permettre de revenir y prendre part, s'il y trouvait quelque avantage, son père insérait dans l'acte la clause en question, clause en vertu de laquelle le donataire devait rapporter son don en le confondant avec sa part héréditaire. Si l'enfant venait à partage, s'il usait de la faculté à lui conférée, alors s'opérerait sur sa tête la confusion de deux qualités incompatibles, qualité d'héritier et qualité de donataire: la première absorbait la seconde, et l'objet de la donation se confondait avec la part héréditaire de l'enfant acceptant. Si, au contraire, le donataire répudiait le titre d'héritier, cette confusion n'avait point lieu, et la clause d'avancement d'hoirie ne produisait aucun effet: la donation

faite à l'enfant ne se distinguait en aucune façon de la donation ordinaire faite à un non-successible.

Aujourd'hui encore, au point de vue juridique, les choses se passent absolument de même : le père qui donne à l'un de ses enfants lui donne aussi complètement qu'à tout donataire même étranger ; la clause d'avancement d'hoirie, que par habitude le notaire insère dans la donation, n'a pas plus d'importance qu'elle n'en avait dans l'ancien droit depuis la rédaction de la coutume de Paris, qui voyait, comme notre Code aujourd'hui, dans toute donation faite par un père à ses enfants une donation en avancement d'hoirie. Elle répète simplement ce qu'ont déjà dit les articles 843 et 845 C. Civ., à savoir que l'enfant donataire peut venir à la succession, à charge de rapporter tout ce qui lui a été donné sans clause de préciput, mais qu'il s'agit ici d'une pure faculté, et que l'enfant renonçant conserve le droit de retenir son don.

Dès l'instant que le donataire en avancement d'hoirie ne se porte point héritier, il reste dans une situation absolument semblable à celle de tout donataire, et personne ne peut, au point de vue juridique tout au moins, lui reprocher d'agir contre l'attente du donateur, puisque le donateur ne lui a pas imposé la charge d'accepter le titre d'héritier.

Mais si le donataire en avancement d'hoirie qui renonce doit être en tous points assimilé au donataire ordinaire, l'acte du donateur doit, lui aussi, se con-

fondre avec la donation ordinaire, or, d'après les principes de la réserve, toute donation ne peut avoir pour objet, quand une fraction de la succession se trouve réservée, que la partie disponible de cette succession; donc, le don en avancement d'hoirie, lorsque le donataire n'entend point user du droit de venir à partage, doit s'imputer, non sur la réserve, mais sur la quotité disponible.

Après avoir donné de la clause d'avancement d'hoirie une interprétation que nous croyons fausse, les partisans de l'imputation se placent dans une position vraiment intenable, en décidant, d'une part, qu'un donataire renonçant ne peut retenir sa part de réserve, et, d'autre part, que les donataires par préciput ont le droit de contraindre leurs cohéritiers à imputer d'abord sur la réserve de ce dernier, et subsidiairement sur la quotité disponible, le don qu'il a reçu et qu'il retient en renonçant. Comment comprendre, en effet, que, dans ses rapports avec ses cohéritiers, le donataire renonçant soit dans l'impossibilité de conserver sa réserve, et qu'il soit, au contraire, censé la retenir, quand le débat s'ouvre entre ceux-ci et les donataires par préciput postérieurs. Émettre une opinion semblable, n'est-ce point tomber en une contradiction flagrante, n'est-ce point proclamer que le réservataire renonçant retient en réalité sa réserve, et déclarer en même temps qu'il n'a pas le droit de la retenir?

La contradiction est à ce point flagrante que la jurisprudence, à partir du jour où elle a consacré la théorie dite de l'imputation, a senti la nécessité de modifier ses décisions sur le cumul et sur la nature du droit de réserve. C'est ainsi que s'est produit très naturellement le revirement de 1843 ; c'est ainsi qu'aujourd'hui où la doctrine de l'arrêt Laroque de Mons est remise en honneur, la théorie de l'imputation semble définitivement proscrite.

Nous ne pouvons nous associer aux critiques dirigées contre la doctrine de la Cour Suprême ; après de longues hésitations, elle a compris qu'il n'y avait point, comme on essaie de l'établir, une double question ; le problème est unique, mais il présente deux aspects distincts, selon qu'on envisage les rapports réciproques du renonçant avec ses cohéritiers, et la situation de ces derniers vis-à-vis des donataires étrangers ou des préciputaires : — la réserve ne peut appartenir qu'aux seuls héritiers ; — toute donation doit nécessairement avoir pour assiette la quotité disponible.

Est-ce à dire qu'en fait les calculs du donateur ne seront pas quelquefois trompés par la renonciation du donataire en avancement d'hoirie ? Nous n'hésitons pas à reconnaître qu'en effet cette renonciation aura souvent pour résultat de surprendre le père de famille, mais pourquoi n'a-t-il pas consulté avant de donner à son fils ? Pourquoi n'a-t-il pas inséré dans la donation la condition résolutoire de l'acceptation de la

succession par le donataire ? Il aurait ainsi enlevé à ce dernier le droit qu'il tenait naturellement de sa qualité de donataire en avancement d'hoirie, de demeurer en dehors de l'hérédité et de se comporter en tous points et vis-à-vis de tous, comme un donataire étranger. Alors la libéralité n'aurait plus été seulement une donation faite sans dispense de rapport, mais un don sous condition de rapport.

Les partisans de l'imputation contestent énergiquement l'efficacité du remède proposé : ils soutiennent que jamais un gendre ne tolérerait l'insertion d'une pareille clause dans le contrat de mariage, parce que cette clause mettrait la femme dans l'alternative trop dangereuse ou d'accepter la succession de son père ou de restituer en totalité sa dot aux héritiers du donateur. Nous croyons, avec M. Demolombe, que ces craintes sont exagérées ; mais il faut, avant tout et toujours, conserver intacte la réserve des héritiers acceptants : cette réserve ne peut rester intacte que si l'imputation des libéralités se fait exclusivement sur la quotité disponible.

Nous maintenons donc aux héritiers réservataires acceptants le droit de répondre aux donataires ou aux légataires par préciput, dont le titre est postérieur au don fait sans clause de préciput : « Le donataire en avancement d'hoirie n'a fait, en renonçant, qu'exercer un droit qui lui appartenait légitimement ; il retient son don sur la quotité disponible, parce qu'il

n'y a point deux manières d'imputer les libéralités faites par le défunt : elles ont toujours pour assiette la quotité disponible ; vous ne pouvez donc demander ou conserver que la fraction de cette quotité, qui n'est pas absorbée par le don en avancement d'hoirie. Si vous vous dites lésés par cette renonciation, si vous prétendez que le donateur comptait sur l'acceptation du donataire et qu'il entendait se réserver le droit de disposer ultérieurement de sa quotité disponible ; nous reconnaissons que vos doléances ne sont point sans fondement ; mais accusez seulement l'imprudence du donateur, qui aurait pu contraindre le donataire en avancement d'hoirie à restituer le montant de son don, mais qui n'a pas su prendre les mesures nécessaires. Nous sommes réservataires et nous entendons recueillir toute la réserve, attendu que cette réserve forme une masse collective dont la quotité est définitivement fixée au jour de l'ouverture de la succession, d'après le nombre des enfants vivants et capables. »

CHAPITRE V

CONFLIT ENTRE L'HÉRITIER PRÉCIPUTAIRE ET SES COHÉRITIERS, LORSQU'UN DONATAIRE EN AVANCEMENT D'HOIRIE PLUS ANCIEN ACCEPTE LA SUCCESSION.

Le donataire en avancement d'hoirie qui renonce à la succession du donateur, retient jusqu'à concurrence de son don la quotité disponible, et fait ainsi obstacle aux libéralités préciputaires postérieures, en tant du moins que ces libéralités dépassent la fraction demeurée libre de cette quotité : c'est la conséquence juridique de la renonciation qui assimile ainsi l'enfant donataire à un donataire étranger. — Nous devons maintenant envisager l'hypothèse où l'enfant donataire, au lieu de répudier l'hérédité, confirme par l'acceptation son titre d'héritier : la donation sans dispense de rapport ou en avancement d'hoirie, va-t-elle avoir encore quelque influence sur le droit de disposition du défunt ? le défunt a-t-il conservé ce droit absolument intact ? les donataires et légataires par

préciput peuvent-ils soutenir que la quotité disponible leur est tout entière réservée, dès l'instant que les biens laissés par le donateur sont équivalents à cette quotité, quelle que soit l'importance du don fait sans dispense de rapport ?

Quand un père fait à l'un de ses enfants une donation sans clause de préciput, il lui laisse la faculté de ne point se porter héritier et de retenir son don, mais il entend qu'au cas d'acceptation, l'égalité ne soit pas rompue entre ses héritiers ; il entend de plus, puisque le donataire acceptant a droit à une réserve, que l'avantage résultant de la donation se confonde avec cette part de réserve, afin que la quotité disponible puisse être librement affectée aux dons préciputaires ou aux libéralités faites en faveur de personnes étrangères. C'est alors que l'expression d'avancement d'hoirie sortit sa parfaite signification : le donataire héritier a reçu par avance sa part d'hoirie ; en acceptant, il se soumet librement à la double obligation : de rapporter à ses frères le bénéfice provenant du don, pour rétablir l'égalité, et d'imputer ce bénéfice sur sa part de réserve, afin de laisser aux donataires ou légataires du disponible la possibilité de recueillir tout le profit des libéralités faites en leur faveur. Tel est le sens, telle est la portée de la clause d'avancement d'hoirie. « Faire un don en avancement d'hoirie, dit excellemment M. Labbé, c'est donner par avance ce que le donataire aurait recueilli plus tard dans la succession

ab intestat. Or, si les biens donnés étaient restés dans la succession, ils auraient servi à composer pour l'héritier donataire un lot égal à celui de ses cohéritiers, et d'autre part ils auraient servi à composer sa réserve à l'égard des donataires et légataires ¹. »

Le défunt a donc conservé tout entière la faculté de disposer de la quotité disponible, lorsque le don en avancement d'hoirie n'excède pas la part du donataire dans la réserve : les étrangers donataires ou les héritiers préciputaires, bien que leur titre soit postérieur au don sans dispense de rapport, peuvent retenir ou réclamer les libéralités qui leur ont été conférées, sans craindre aucune contestation de la part des héritiers non avantagés du donateur.

Personne en pareille hypothèse n'a élevé de controverse, et M. Ragon s'en étonne. « Je suis surpris, dit-il, que personne n'ait proposé d'imputer exclusivement les avancements d'hoirie sur la quotité disponible. L'arrêt Laroque de Mons les y impute au cas de renonciation des héritiers à qui ils ont été faits ! Pourquoi ne pas suivre le même mode d'imputation, lorsque ces héritiers acceptent ? Ce serait la ruine complète du droit de disposition, mais ce serait très-logique ² ».

L'étonnement du savant auteur est certainement plus feint que réel : M. Ragon essaie de nous mettre en

1. Avancement d'hoirie, p. 28.

2. Ragon, *loc. cit.* II, p. 133.

contradiction avec nous-mêmes ; il insinue qu'aucune différence n'existe entre l'hypothèse de la renonciation et celle de l'acceptation. — Nous lui répondrons simplement que la clause d'avancement d'hoirie, lorsqu'elle est bien comprise et sagement analysée, n'imprime un caractère spécial à la libéralité qu'au seul cas d'acceptation : alors seulement le donataire est à la fois donataire et héritier, alors seulement les donataires postérieurs de la quotité disponible ont le droit de lui dire : ce qui vous a été donné, c'est votre part de présuccession, imputez donc votre don sur la réserve et dégagez la quotité disponible. — Quand le donataire renonce, au contraire, force est bien de le traiter comme un étranger, puisqu'il est censé n'avoir jamais été héritier, et qu'il n'existe point de situation intermédiaire entre la situation d'héritier et celle d'étranger à l'hérédité : la qualité d'enfant n'est pas une qualité juridique. — Décider que le donataire renonçant retient comme tout donataire étranger la quotité disponible, et décider que le donataire acceptant au contraire, impute sur sa réserve l'avancement d'hoirie qu'il tient du donateur, c'est non point tomber en une contradiction flagrante, c'est donner en deux hypothèses différentes deux solutions différentes ; c'est distinguer deux questions qu'on essaie trop souvent de confondre dans un but prétendu d'équité ; c'est maintenir résolument les vrais principes du droit.

Aux esprits trop craintifs qui croiraient voir dans l'imputation du don en avancement d'hoirie sur la part du donataire dans la réserve, une violation indirecte de l'article 857, nous répondons qu'autre chose est le rapport, autre chose l'imputation. Le rapport est la remise effective d'un bien donné dans la masse héréditaire, il a pour objet d'établir entre cohéritiers l'égalité la plus parfaite soit en quantité, soit en qualité; — l'imputation, au contraire, n'est qu'un procédé de calcul, qui n'aboutit jamais à cette remise effective du bien donné. Comme il existe dans toute succession à réserve, deux masses distinctes : le disponible et l'indisponible, il est important de déterminer exactement les charges qui doivent définitivement peser sur l'une et l'autre masse : c'est le rôle de l'imputation. Le droit qu'ont les légataires de surveiller ce mode d'imputation ne comporte en aucune façon le droit de prendre sur les biens rapportés la valeur de leurs legs, et c'est tout ce que veut dire l'article 857 : s'ils ne profitent point du rapport, ils profitent évidemment de la détermination prise par le donataire en avancement d'hoirie, d'accepter l'hérédité.

Enfin, pour bien marquer que nulle confusion ne doit s'établir entre le rapport et l'imputation, il suffit de rappeler qu'il peut y avoir lieu à imputation, sans qu'il y ait lieu à rapport. En effet, un héritier ne peut rapporter que s'il a des cohéritiers, s'il n'est pas héritier unique ; au contraire, un héritier même uni-

que doit imputer les libéralités par lui reçues du défunt sur sa réserve, dès l'instant que le défunt a fait d'autres donataires ou légataires. Il faut reconnaître seulement qu'il existe entre le rapport et l'imputation sur la réserve une connexité évidente, car lorsqu'il y a plusieurs héritiers, tout ce qui est imputable sur la réserve est rapportable, et tout ce qui n'est point rapportable n'est point imputable.

I

Il est donc incontestable, et il demeure incontesté, que le donataire en avancement d'hoirie acceptant doit imputer sur sa part de réserve tout l'avantage provenant de la libéralité par lui reçue : ce mode d'imputation a pour conséquence de faire respecter les dispositions à titre gratuit postérieurement faites par le défunt en faveur d'étrangers ou de préciputaires, toutes les fois du moins que le don sans dispense de rapport n'excède point la part du donataire dans la réserve.

Nous devons maintenant supposer que cette limite a été dépassée, et rechercher quels seront en pareille hypothèse les droits d'un légataire par préciput de la quotité disponible.

La question qui se pose alors est celle de savoir si l'imputation de l'avancement d'hoirie, pour toute cette fraction qui dépasse la part du donataire dans la ré-

serve, doit porter sur la réserve des cohéritiers du donataire, ou si elle doit porter sur la quotité disponible. Dans le premier cas, les droits du légataire par préciput ne recevraient aucune atteinte ; dans le second, ils se trouveraient réduits à la quotité disponible diminuée de tout l'excédant du don sur la part de réserve du donataire. La question est vivement controversée.

Prenons pour exemple l'espèce soumise en 1879 à la Cour d'Agen : Un père de trois enfants avait en 1872 donné en'avancement d'hoirie à l'un d'eux la somme de 80,000 francs ; il avait ensuite en 1877 légué par préciput et hors part la quotité disponible au second ; le troisième n'avait rien reçu, ni don en avancement d'hoirie, ni préciput. La liquidation de la succession porta à la somme de 268,000 francs la valeur totale de l'hérédité, rapports compris : la quotité disponible étant de 67,000 francs, le don fait à l'aîné des enfants excédait sa part dans la réserve (67,000 francs également) de 13,000 francs. Le légataire par préciput soutint que cet excédant devait être imputé sur la réserve en masse, et que les biens laissés (188,000 fr.) dépassant de beaucoup la quotité disponible, il avait, lui, légataire par préciput, le droit de prélever d'abord la totalité du préciput, et de recueillir ensuite sa part de réserve au même titre que ses cohéritiers. Le donataire en avancement d'hoirie répondit, au contraire, qu'il fallait jusqu'à concurrence de 13,000 fr. imputer le don sur la quotité disponible et réduire le

préciput à la somme de 54,000 francs. La Cour d'Agen admit le système proposé par le donataire en avancement d'hoirie et proscrivit très justement, à notre avis, la méthode d'imputation sur la réserve en masse ¹.

Examinons les arguments présentés par l'une et l'autre opinion.

M. Demolombe qui soutient énergiquement l'imputation du don en avancement d'hoirie sur la réserve en masse, estime que ce système est seul compatible avec la nature vraie de l'avancement d'hoirie. Il accuse ses adversaires de dénaturer profondément cette donation et de la rendre pure et simple de conditionnelle qu'elle est. En effet, dit-il, la donation faite sans clause de préciput est soumise à la condition du rapport pour le cas où le donataire accepte la succession (articles 843 et 919). Dès que la condition résolutoire se réalise, la donation se trouve anéantie aussi bien dans le passé que dans l'avenir : les biens rentrent dans l'hérédité comme s'ils n'en étaient jamais sortis. Rentrés dans la succession pour être partagés également entre tous les cohéritiers, ils doivent être en conséquence imputés sur la réserve en masse de tous les héritiers réservataires ².

A ces considérations de l'éminent jurisconsulte, nous répondons qu'il se trompe gravement, quand il voit dans la donation en avancement d'hoirie une do-

1. Agen, 31 déc. 1879, S. 80, 2. 97.

2. Demol. t. XIX, nos 488 et 489.

nation résoluble sous condition, sous la condition de l'acceptation.

Cette donation n'est point résoluble, elle est simplement rapportable, et grande est la différence entre le rapport et la résolution. S'il y avait résolution, la résolution produirait ses effets à l'égard de tous ; le rapport, au contraire, n'a d'effets qu'entre cohéritiers, parce qu'il a pour but unique d'assurer l'égalité dans le partage des successions ; il ne profite jamais, ni directement ni indirectement aux donataires et légataires. Or le système de l'imputation sur la réserve en masse aurait précisément pour effet de violer l'art. 857, en accordant aux donataires ou légataires sous le nom d'imputation l'avantage qu'ils ne peuvent recueillir sous le nom de rapport. Si le donataire en avancement d'hoirie d'une valeur supérieure à sa part dans la réserve ne rapportait point son don, personne ne contesterait à ses cohéritiers le droit de prendre leur réserve sur les biens laissés par le défunt : il ne resterait au légataire par préciput que la fraction de la quotité disponible non retenue par le donataire en avancement d'hoirie. Est-ce donc parce que le donataire rapporte, alors que ce rapport ne peut profiter aux légataires, qu'on va donner une solution différente, et permettre aux légataires d'étendre leurs prétentions jusqu'à concurrence de toute la quotité disponible ? La réponse est aisée pour qui tient à cœur d'observer l'art. 857.

M. Demolombe ajoute, avec MM. Aubry et Rau, que les biens rentrés dans la succession doivent être imputés sur la réserve en masse, parce qu'ils sont rapportés : si on ne les impute point, dit-il, il faut les dispenser du rapport.

Mais pourquoi lier indissolublement deux théories distinctes ? Pourquoi faire dépendre le rapport de l'imputation, et l'imputation du rapport ? Si les biens donnés en avancement d'hoirie doivent être rapportés, c'est en vertu du principe d'égalité successorale ; s'ils doivent être imputés sur la réserve du donataire, c'est en vertu d'un principe tout différent, principe qui détermine la limite même de l'imputation, et ce principe, le voici : l'avancement d'hoirie n'est en définitive que le paiement anticipé de cette dette que la nature et la loi imposaient au donateur sous le nom de réserve en faveur du donataire, son futur héritier. Dès qu'il est nanti de sa réserve, le donataire ne peut plus la demander, il ne peut plus imposer de ce chef aucune réduction aux donataires postérieurs et aux légataires. « Si tel est le fondement de l'imputation sur la réserve, il est juste de la restreindre à la portion qui était due au réservataire honoré de l'avancement d'hoirie. Autant payé, autant imputé ¹. »

Lors donc que la libéralité sans dispense de rapport dépasse la réserve du donataire, c'est une partie de son disponible que le père donne à son fils : com-

¹. Ragon, II, p. 438.

ment lui pourrait-il donner la part de ses frères ? La réserve d'un enfant ne doit pas plus être donnée à un autre enfant qu'à un étranger. Si donc le donateur donne une fraction de son disponible, il est tout naturel que le donataire, après qu'il a recueilli la succession, impute sur la quotité disponible l'excédant du don sur la réserve.

Mais, dira-t-on, le donateur avait-il l'intention d'entamer son disponible ? N'est-ce point faire ici une supposition peu vraisemblable ?

Le donateur, qui se savait débiteur envers ses autres enfants de leur part dans la réserve, n'a pu avoir la pensée de donner au donataire une fraction de la réserve de ses frères. « Le débiteur de plusieurs créanciers ne les paye pas tous en payant à un seul beaucoup plus qu'il ne lui est dû. Qu'a fait le donateur ? Il a payé le donataire de sa réserve, et puis il lui a donné en outre ce qu'il pouvait lui donner, c'est-à-dire, tout ou partie de son disponible. C'est dans la quotité disponible qu'il a puisé le complément de sa libéralité il faut donc l'y imputer¹. »

Rien n'empêche d'ailleurs que la partie du don imputable sur la quotité disponible soit néanmoins sujette à rapport ; le rapport ne concerne que les relations des cohéritiers entre eux : pour éviter toute erreur, il faut donc distinguer nettement la raison du rapport et la raison de l'imputation.

1. Ragon, *ibid.*

Toutes les fois donc qu'une donation en avancement d'hoirie se trouve supérieure à la part du donataire dans la réserve, les héritiers reçoivent ensemble une masse plus forte que la réserve, tandis que les donataires et légataires se trouvent réduits à une part moindre que la quotité disponible : résultat inadmissible, s'écrient MM. Aubry et Rau¹. Résultat naturel et nécessaire, répondons-nous, du principe de l'irrévocabilité des contrats.

M. Labbé a magistralement développé contre le système de la réserve en masse l'argument tiré de ce principe incontestable : qu'il nous permette de résumer sa thèse, et de l'estimer absolument inébranlable².

Il faut distinguer d'abord le principe de l'irrévocabilité des donations du principe beaucoup plus général de l'irrévocabilité des contrats. En vertu du premier, le donateur ne peut jamais insérer dans la donation des conditions purement potestatives de sa part : toute donation entre-vifs, faite sous une condition dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur, est nulle, c'est la traduction moderne de la règle ancienne « donner et retenir ne vaut ». En vertu du second, tout contrat, et par conséquent toute donation, est irrévocable en ce sens que, librement formé par la volonté des parties, le contrat ne peut plus se défaire que par le mutuel dissentiment, à moins qu'une réserve n'ait

1. T. VII, p. 215, n° 36.

2. Avancement d'hoirier, p. 30 et suiv.

été faite, à moins qu'une condition n'ait été insérée, dont l'accomplissement doit amener la ruine partielle ou totale de la convention. L'article 953 fait l'application de ce principe, en déclarant que la donation ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions, sous lesquelles elle aura été faite, pour cause d'ingratitude, et pour cause de survenance d'enfants. Ce second principe est absolument général et ne comporte aucune exception. Le premier, au contraire, subit une grave dérogation en matière de libéralités par contrat de mariage, car l'article 1086 autorise dans ces donations l'insertion de conditions potestatives de la part du donateur ; mais ces conditions n'en doivent pas moins être en vertu du principe général, assez clairement exprimées pour que le donataire n'ait jamais à craindre une révocation imprévue de la donation.

Cette distinction de l'irrévocabilité spéciale aux donations et de l'irrévocabilité générale de tous les contrats étant nettement établie, demandons-nous si la condition suivante pourrait être valablement introduite dans une donation faite à un successible sans dispense de rapport : je donne à mon fils sous la condition que, s'il devient mon héritier, la donation dont je le gratifie pourra être réduite, en tant que cela sera nécessaire pour l'exécution des libéralités que je me réserve de faire soit à un étranger, soit à un autre de mes enfants par préciput, et cela jusqu'à concurrence de ma quotité disponible ? Une semblable

condition se trouve-t-elle proscrite par l'art. 944?

Il faut répondre sans hésitation que cette condition est à la fois potestative de la part du donataire, puisqu'il peut à son choix accepter l'hérédité ou y renoncer, et potestative de la part du donateur, qui demeure libre de faire ou de ne point faire de libéralités ultérieures. Cette condition ne tombe donc point sous le coup de la prohibition portée en l'article 944. Rien ne saurait empêcher un donateur de l'insérer dans une donation faite à l'un de ses héritiers présomptifs, que cette donation soit faite par contrat de mariage ou hors contrat de mariage. L'accomplissement de la condition réclamant à la fois le fait du donateur et le fait du donataire, le principe de l'irrévocabilité spéciale aux donations demeure étranger à la question qui nous occupe.

Mais de ce que la condition pouvait être insérée dans la donation en avancement d'hoirie, faut-il conclure qu'elle y est effectivement renfermée? qu'elle est implicitement contenue dans l'expression d'avancement d'hoirie? — Nous avons donné déjà la signification de la clause d'avancement d'hoirie, nous avons vu que dans l'ancien droit elle réservait au donataire le droit de prendre part à la succession, et que dans le droit nouveau elle lui réservait, pour ainsi dire, le droit de renoncer; nous avons reconnu de plus qu'au cas d'acceptation, elle obligeait le donataire à rapporter et à imputer son don comme une avance de sa part hé-

réditaire. Ces mots d'avancement d'hoirie ont-ils donc encore pour effet d'indiquer une mesure à laquelle la libéralité pourra être réduite par la volonté du donateur? Il est difficile, il est impossible de l'admettre.

« Ces mots ne sont pas dirigés contre le donataire comme un danger, une menace de révocation arbitraire en telle ou telle hypothèse. » Étendre leur signification serait certainement commettre une erreur grave; dans les donations, comme dans tous les contrats, les conditions doivent être clairement exprimées, pour que toute surprise soit évitée entre les parties. Le principe général de l'irrévocabilité des conventions s'oppose donc énergiquement à ce que l'on sous-entende dans le don en avancement d'hoirie ou sans dispense de rapport, la faculté pour le donateur de réduire ultérieurement la donation, dans le cas où le donataire accepte la succession et confirme sur sa tête le titre d'héritier.

Ce principe de l'irrévocabilité des conventions, le système de l'imputation sur la réserve en masse a précisément pour effet de le violer ouvertement : la preuve en est aisément fournie. Reprenons l'exemple donné plus haut.

Le donataire en avancement d'hoirie avait reçu 80,000 fr., c'est-à-dire, une somme supérieure de 13,000 fr. à sa part de réserve; il accepte la succession. Le légataire par préciput de la quotité disponible vient d'abord réclamer sa réserve, soit 67,000 fr.,

et de plus la quotité disponible de même valeur. Si l'on fait droit à la demande du précipitaire, le donataire en avancement d'hoirie va être forcé de remettre au troisième héritier le complément de sa réserve, soit 13,000 fr. La libéralité sans dispense de rapport se trouvera réduite par le fait même que le défunt a disposé de la quotité disponible postérieurement au don en avancement d'hoirie. Il y aura donc révocation partielle de la donation première en date, sans qu'aucune indication ait pu avertir le donataire du danger qu'il courait en acceptant la succession.

Mais, font observer nos adversaires, le donateur en ne dispensant point du rapport, a marqué très nettement son intention de conserver intacte la quotité disponible. — Je veux bien que telle ait été l'intention du père, mais qui me prouve que l'enfant donataire l'ait comprise cette intention, et qu'il ait eu connaissance au jour du contrat de la faculté de révocation que le donateur entendait se réserver? En matière de convention, il faut avoir un égal respect pour la volonté de l'une et de l'autre partie : les partisans de l'imputation sur la réserve *in globo* ont toujours à la bouche le respect de la volonté du donateur, mais ils oublient trop facilement de consulter l'intention du donataire. Ce dernier, quand il accepte la libéralité qu'on lui offre, entend accepter sa part future dans l'hérédité paternelle, sa part composée de deux éléments : une partie de la réserve, une partie de la quo-

tité disponible. Il ne pense pas recevoir de son père une portion des biens réservés à ses frères. Qui pourrait, je le demande, lui reprocher de ne point comprendre la volonté du donateur? C'est à celui-ci de s'expliquer : la donation est irrévocable, sauf insertion d'une clause de révocation.

Le système que nous combattons présente un inconvénient assez grave pour que ses défenseurs en soient eux-mêmes émus : puisque le donataire de la quotité disponible prélève son don sur les biens laissés par le défunt, avant même que les réservataires soient remplis de leurs réserves, ces réservataires courent le risque de l'insolvabilité du donataire en avancement d'hoirie débiteur du rapport ; si donc ce dernier se trouve insolvable, les réservataires ne peuvent obtenir toute leur réserve, tandis que le légataire par préciput emporte tranquillement la quotité disponible tout entière.

« Mais ce résultat, disent MM. Aubry et Rau, qui tiendrait à une circonstance purement accidentelle, doit rester sans influence sur l'application des principes ¹. » L'application des principes ! mais elle exige précisément que tout réservataire soit rempli de sa réserve, elle exige que les libéralités du défunt soient réduites jusqu'à complète satisfaction des droits du réservataire.

La jurisprudence mieux inspirée que bon nombre

¹. Aubry et Rau, VII, 215, n° 36.

d'auteurs, s'est prononcée fréquemment et semble aujourd'hui définitivement fixée en faveur de l'imputation du don en avancement d'hoirie, partie sur la réserve du donataire, partie sur la quotité disponible. Ses premiers pas dans cette voie ont été, il est vrai, bien hésitants.

C'est ainsi qu'en 1826, la Cour de Cassation ¹, dans le célèbre arrêt St-Arroman ne faisait qu'ébaucher, sans la nommer, cette théorie de l'imputation; elle décidait en effet que le légataire par préciput pouvait prélever la quotité disponible sur les biens laissés par le testateur lors de son décès, soit en totalité, si elle n'avait pas été entamée par les libéralités en avancement d'hoirie antérieures, soit en partie seulement, si ces libéralités excédaient la légitime du donataire qui les avait reçues.

En 1838, la Cour Suprême agit de même avec beaucoup de circonspection, mais elle décide encore que le legs par préciput ne peut s'exercer que sur ce que les dons en avancement d'hoirie ont laissé intact de la portion disponible. Elle ne dit pas expressément que l'imputation du don en avancement d'hoirie se fait d'abord sur la réserve du donataire, et qu'elle porte ensuite sur la quotité disponible, mais elle le laisse indirectement entendre : « attendu, dit-elle, que la loi ne subordonne pas l'irrévocabilité d'une donation sans dispense de rapport à la condition imposée à l'enfant de

1. 8 juillet 1826, *S. Coll. nouv.* 8^e vol., I, p. 383.

renoncer à la succession de son père; — attendu que, si la loi la déclare irrévocable, c'est parce qu'il ne peut pas être au pouvoir du père donateur, après avoir fait à son enfant une donation pour faciliter son établissement par mariage, de porter atteinte, par des dispositions postérieures, à une donation sous la foi de laquelle l'union des époux a été contractée, etc.¹ » Elle conclut en décidant que le père de trois enfants ne peut, après qu'il a donné à l'un d'eux sans dispense de rapport une valeur supérieure à la part de réserve, léguer par préciput à un autre de ses enfants que la partie demeurée libre de son disponible.

En 1870, la Cour de Cassation casse un arrêt de la Cour de Nîmes, qui avait jugé qu'un donataire par contrat de mariage, héritier non renonçant, ne pouvait imputer sur la quotité disponible ce qui, dans la libéralité à lui faite, excédait sa réserve; qu'il devait, au contraire, en subir le rapport et la réduction vis-à-vis de ses cosuccessibles considérés comme légataires de ladite quotité. La Cour Suprême appuie sa décision d'une part sur les dispositions de la loi relatives à l'irrévocabilité des donations, lesquelles s'appliquent aux donations en avancement d'hoirie comme à toutes autres donations entre-vifs, et d'autre part sur l'art. 857, qui refuse aux légataires le droit de contrain-

1. Cass. 2 mai 1838, S. 38, 1, 383.

dre les donataires au rapport des libéralités faites à ces derniers ¹.

Enfin nouvel et dernier arrêt en 1885 ² : — Les donations en avancement d'hoirie et par contrat de mariage sont irrévocables, en ce sens que le donateur s'interdit de disposer à titre gratuit en faveur d'une autre personne des objets compris dans la donation. Cette règle de l'irrévocabilité des donations en avancement d'hoirie s'oppose donc tout à la fois au mode d'imputation qui rendrait sur la quotité disponible un second donataire préférable au premier, et au système qui, en imputant le don sur la réserve en masse, contraindrait ce premier donataire à payer sur le montant de sa donation les parts de réserve de ses cohéritiers, tandis que la quotité disponible servirait à acquitter une donation postérieure à la sienne. Dans l'un et l'autre cas, le donateur aurait, contrairement à l'article 1083, disposé au préjudice du premier donataire d'une part de sa succession qu'il lui avait donnée. De plus, le système de l'imputation sur la réserve en masse aurait pour effet de faire profiter un second donataire du rapport que le premier ne doit qu'à ses cohéritiers ; ce qui violerait les articles 857 et 921 du Code civil.

1. Cass. 3 août 1870, S. 1870, 1, 393.

2. Cass. 31 mars 1885, S. 1885, 1, 302.

II

Le donateur qui donne à l'un de ses enfants sans dispense de rapport une valeur supérieure à la part de ce dernier dans la réserve, entame son disponible, toutes les fois qu'il ne se réserve point expressément dans le contrat la faculté de disposer ultérieurement de la quotité disponible tout entière, au cas où le successeur donataire accepterait l'hérédité. — Cette condition, le donateur peut l'exprimer, mais en l'exprimant, il inviterait le donataire à renoncer ; et la renonciation aurait précisément pour effet de rendre inutiles toutes les donations ultérieures, puisque le donataire retiendrait lui-même toute la quotité disponible. — Le donateur n'ajoutera donc jamais la clause en question, et son droit de disposer de la quotité disponible par préciput et hors part restera entamé, diminué par le don fait en avancement d'hoirie.

Mais si le légataire par préciput ne peut, en tant que légataire, réclamer la totalité de son legs, en forçant le donataire en avancement d'hoirie à imputer son don sur la réserve en masse, ne pourra-t-il pas au moins, en tant qu'héritier, contraindre son cohéritier donataire à rapporter, pour le soumettre au partage, tout l'excédant du don sur la part de réserve du donataire ? — Le légataire obtiendrait ainsi sa part virile dans cet excédant.

La question est vivement controversée, et la difficulté se dédouble pour ainsi dire : il s'agit de savoir d'abord si le donataire en avancement d'hoirie doit rapporter à ses cohéritiers la différence entre son don et sa réserve ; il faut examiner ensuite si le légataire par préciput peut ainsi, en faisant abstraction de sa qualité de légataire, invoquer la théorie du rapport, pour grandir l'inégalité existant déjà par le fait du préciput entre lui et ses cohéritiers.

Primus, Secundus et Tertius sont héritiers de leur père, Primus a reçu en avancement d'hoirie 100,000 fr.; Secundus est légataire de la quotité disponible par préciput et hors part; Tertius n'a reçu aucun avantage. Les biens laissés au décès s'élèvent à 200,000 fr. Masse totale, 300,000 fr., quotité disponible, 75,000 fr. — Secundus ne prélève d'abord que 50,000 fr. à titre de préciput, puisque le don fait à Primus a entamé la quotité disponible jusqu'à concurrence de 25,000 fr.; mais il soutient que Primus doit rapporter et laisser partager ces 25,000 fr. : Secundus obtiendrait ainsi 133,333 fr. au lieu de 125,000 fr. seulement ; Tertius 83,333 fr. au lieu de 75,000 fr.; enfin Primus au lieu de conserver 100,000 fr. ne conserverait que 83,333 fr. : son lot serait égal à celui de Tertius.

Primus peut-il donc être contraint de laisser ainsi partager la différence entre son don (100,000) et sa part de réserve (75,000) ?

Pour résoudre cette première question, faisons abstraction de cette circonstance spéciale que le légataire du disponible est ici l'un des héritiers du donateur ; raisonnons comme si ce légataire était étranger.

M. Labbé se demande quelle a été exactement l'intention du législateur en posant les règles du rapport ¹.

Un père, comptant sur les accroissements ultérieurs de sa fortune, donne à son fils au jour du mariage une valeur qu'il estime ne point devoir dépasser la part héréditaire de ce fils ; mais le père s'est trompé dans ses prévisions ; sa succession, lorsqu'il meurt, n'atteint pas un chiffre assez élevé pour permettre aux autres enfants de recueillir une part héréditaire égale à la donation, faite sans dispense de rapport à l'enfant doté. Le donataire, en acceptant, se soumet librement au rapport et rend à ses frères, pour rétablir l'égalité, tout l'avantage qu'il a reçu du père de famille. Voilà certes une première hypothèse où le rapport s'applique avec une juste et heureuse efficacité.

En voici une seconde qui peut encore se présenter fréquemment :

Le père de famille, le jour du mariage de son fils aîné, calcule très-exactement la valeur de son patrimoine à l'heure présente, et donne au futur époux l'équivalent d'une part virile. Mais des revers de fortune éclatent avant l'établissement des autres enfants.

1. Sous Agen, 1879, S. 1880, 2, 97.

et la donation faite à l'aîné, qui n'excédait pas la part de cet enfant dans le patrimoine au jour où elle a été faite, excède sa part dans le patrimoine, tel qu'il se comporte au jour de la mort. Le rapport rétablit encore l'égalité, et l'enfant doté accepte loyalement sa part dans les spéculations mauvaises ou les entreprises désastreuses qui ont bouleversé la fortune de son père.

Dans ces hypothèses, le rapport produit les plus heureux résultats ; il empêche que l'erreur du père de famille ou les malheurs qui l'ont frappé, pèsent de tout leur poids sur quelques-uns seulement de ses héritiers ; il rend les enfants solidaires d'une même infortune. — Mais peut-on, sans courir le risque de faire dévier de son but une institution si prévoyante et si juste, étendre à d'autres hypothèses la théorie du rapport ? Le père de famille dont les précautions ne sont pas déçues et que les revers de fortune ont épargné, peut-il, dans cette théorie, trouver un moyen de faire fléchir le grand principe de l'irrévocabilité des contrats¹ ?

Le savant professeur ne peut admettre que le donateur fasse indirectement ce qu'il n'a pas le droit de faire directement : or le donateur n'a pas le droit de révoquer le don qu'il a fait en avancement d'hoirie, il ne peut donc mettre le donataire dans une situation telle que, par le rapport, le donataire perde en partie

1. Avancement d'hoirie, p. 49 et suiv.

l'avantage qui lui est conféré. S'il était permis au père de famille, en disposant au profit d'un tiers des valeurs disponibles qu'il a encore dans les mains, de rendre nécessaire un rapport entre héritiers qui préjudicierait à l'enfant doté en avancement d'hoirie, le principe de l'irrévocabilité des contrats serait évidemment éludé. L'aliénation consentie au profit de l'enfant doté doit demeurer absolument indépendante des changements de volonté chez le père donateur, puisqu'aucune clause insérée dans l'acte de donation n'avertit le donataire des dangers qu'on veut lui faire courir. — Le donataire, en acceptant la succession et en se soumettant volontairement à l'obligation du rapport, consent à dédommager ses frères du tort que leur pourraient causer les fausses prévisions du père de famille ou les coups de la fortune adverse, mais il n'entend point réparer à leur profit les conséquences malheureuses d'actes volontaires de la part du père de famille : si ce dernier n'avait pas disposé de son disponible en faveur d'un légataire étranger, les enfants non dotés trouveraient dans la succession des parts héréditaires absolument équivalentes au don fait en avancement d'hoirie ; ils n'auraient donc rien à regretter. Qu'ils reprochent au donateur de leur enlever une partie des biens qu'ils espéraient recueillir, soit, mais qu'ils s'abstiennent de tout murmure à l'adresse de leur aîné. Ce dernier ne les dépouille en aucune façon, car si le don sans dispense de rapport

n'avait pas été fait, ils n'auraient aucun droit à faire valoir sur cette partie du disponible que l'aîné doit conserver : le légataire étranger aurait emporté toute la quotité disponible. C'est à ce légataire seul que le don porte préjudice. Les enfants non dotés n'ont aucun motif de se plaindre, et leurs prétentions ne sauraient émouvoir personne : serait-il juste, en effet, de les laisser tirer profit d'un acte qui certainement ne leur cause aucun dommage véritable ?

Comme le principe de l'irrévocabilité des contrats s'oppose seul à l'obligation de rapporter, que l'on prétend imposer au donataire en avancement d'hoirie, M. Labbé laisse entendre que cette obligation renaît, dès que le principe n'est plus en jeu. Si donc le don en avancement d'hoirie dépasse la part héréditaire du donataire, ce dernier doit remettre à la masse tout ce dont la donation excède sa part héréditaire ; il est évident en effet qu'ici le principe de l'irrévocabilité des contrats n'est plus intéressé : le donataire devrait faire le rapport de cet excédant, même si le défunt n'avait point fait de libéralités ultérieures. Ce n'est point l'existence de ces libéralités ultérieures qui peuvent rendre meilleure la position du donataire en avancement d'hoirie et le dispenser du rapport. — Il doit maintenant se conduire, comme se devaient conduire tout-à-l'heure les enfants non dotés, quand le don sans dispense de rapport ne dépassait point la part héréditaire du donataire : ceux-ci ne pouvaient invoquer

l'existence du legs fait en faveur de l'étranger pour demander le rapport ; le donataire en avancement d'hoirie ne peut maintenant faire valoir l'existence de ce même legs pour se dispenser du rapport.

La jurisprudence qui plusieurs fois aurait eu l'occasion de se prononcer sur le point qui nous occupe en ce moment, a longtemps pu éluder la difficulté : les plaideurs ne l'ayant point soulevée, les tribunaux n'ont pas eu à se prononcer. C'est ainsi que dans tous les arrêts précités, qui statuaient sur l'imputation des dons en avancement d'hoirie, lorsque ces dons excédaient la part du donataire dans la réserve, le silence le plus complet règne sur ce point délicat. Le fait est d'autant plus surprenant que le débat s'élevait toujours dans l'hypothèse d'un don ou d'un legs par préciput : or les préciputaires, comme nous l'allons voir, ont un intérêt évident à contraindre le donataire en avancement d'hoirie à faire le rapport.

Seule en 1879, la Cour d'Agen ¹ a dû se prononcer. Elle a résolument adopté le système que nous venons d'exposer, en déclarant que les cohéritiers du donataire ne pouvaient demander une part de la différence entre la réserve et la donation faite à l'enfant doté ; que cette différence faisait partie de la quotité disponible, mais que le père en ayant disposé, chaque cohéritier n'avait droit qu'à sa réserve. — Si les prétentions des cohéritiers étaient accueillies, ces derniers

¹ S. 1880, 2, 97.

auraient comme simple successibles plus que leur part dans la réserve, tandis que le donataire, comme héritier et donataire, aurait moins que la donation qui lui a été faite. Cette donation serait ainsi réduite bien qu'elle ne dépasse point la quotité disponible, et annulée quoique irrévocable; et c'est par un testament, c'est-à-dire par un acte de dernière volonté, que le donataire aurait pu réduire, annuler par conséquent pour partie, une donation entre-vifs, dont le sort à venir ne dépendait plus de ses changements de volonté.

Malgré les arguments très-forts, au moyen desquels on essaie de soustraire le donataire en avancement d'hoirie à l'obligation du rapport, pour toute cette partie du don qui excède la part du donataire dans la réserve, nous n'hésitons pas à repousser ce système séduisant.

On abuse du principe de l'irrévocabilité des contrats; on méconnaît les règles essentielles du rapport; on autorise un héritier à conserver le titre de donataire, bien que nulle clause de préciput ne lui permette de cumuler sur sa tête les deux qualités de donataire et d'héritier.

On abuse du principe de l'irrévocabilité des contrats ! En effet, ce principe interdit seulement au donateur de disposer en faveur d'un tiers au détriment du premier donataire : mais est-il question ici de donner une efficacité complète au legs de la quotité disponi-

ble? Évidemment non, nous reconnaissons avec la jurisprudence de la Cour de Cassation que le don en avancement d'hoirie est irrévocable, et que le legs de la quotité disponible ne peut valoir que pour cette fraction seule de la quotité disponible qui ne supporte point l'imputation de l'avancement d'hoirie. Nous reconnaissons que le légataire, en réclamant toute la quotité disponible, s'attaque vainement au droit du donataire en avancement d'hoirie; mais nous proclamons hautement que le donateur a le droit de donner à qui bon lui semble la portion demeurée libre de sa quotité disponible; que le principe de l'irrévocabilité des contrats ne peut dès lors s'opposer aux conséquences indirectes d'un acte parfaitement licite de la part du donateur. Ce dernier en définitive ne reprend rien au donataire en avancement d'hoirie; peut-être même a-t-il eu si peu l'intention de lui enlever l'avantage de son don, qu'il a légué seulement à l'étranger ou au précipitaire la partie du disponible que n'entamait point la donation en avancement d'hoirie.

Le système que nous combattons méconnaît les règles du rapport; les articles 843 et 849 sont formels: l'héritier donataire doit le rapport dès l'instant qu'il n'en est point dispensé. C'est un principe fondamental en matière de succession que tous les héritiers doivent hériter par portions égales, et ce principe nous fournit une arme au moins aussi puissante

que la prétendue nécessité de soustraire le donataire au rapport, pour maintenir l'irrévocabilité de la donation.

On a le tort dans l'autre opinion de ne point respecter les limites qui séparent l'application de l'un et de l'autre principe : la loi sans doute s'oppose à la révocation des donations, mais elle exige aussi que des cohéritiers venant à partage rétablissent entre eux l'égalité que les donations faites par le père à quelques-uns de ses enfants ont pu faire momentanément disparaître. Ce n'est donc point le donateur qui empêche le donataire de retenir tout le bénéfice de son don, c'est la loi qui reprend à l'enfant avantagé tout ce qu'il est nécessaire de lui reprendre pour égaliser les parts de chacun des héritiers.

Mais, dit-on, le père, en léguant sa quotité disponible, a nettement indiqué son intention de réduire les enfants non donataires à leur seule part dans la réserve ; dès qu'ils en sont remplis, ne doivent-ils point se tenir pour satisfaits ?

Nous répondons d'abord que le Code n'admet certainement pas en faveur du donataire en avancement d'hoirie cette dispense de rapport toute négative. De plus, est-on bien sûr que l'intention du donateur, puisque le legs de la quotité disponible ne peut valoir en son entier, ne soit point précisément de voir répartir par portions viriles entre chacun de ses enfants, toute cette fraction de la quotité disponible que ne

peut réclamer le légataire par préciput ? Le donateur ne peut lui-même diminuer l'avantage qu'il a fait au donataire, mais il ne s'opposerait sans doute point à l'œuvre de la loi.

M. Demolombe a donc raison, lorsqu'il reproche aux partisans du premier système de restreindre arbitrairement l'obligation du rapport au cas seulement où la fortune du père aurait malheureusement diminué, depuis l'époque de la donation faite sans dispense de rapport.

Supposons maintenant que le legs de la quotité disponible, au lieu d'être conféré par le disposant à un étranger, soit adressé par préciput à l'un de ses héritiers. Le légataire par préciput qui ne peut en sa qualité de légataire obtenir toute la quotité disponible, n'aura-t-il pas du moins le droit d'obtenir par le rapport sa part virile dans l'excédant du don en avancement d'hoirie sur la part du donataire dans la réserve ?

Les auteurs qui dispensent du rapport le donataire en avancement d'hoirie, quand le disponible est donné à un étranger, l'en dispensent à plus forte raison, quand c'est un légataire par préciput qui le réclame en sa qualité de cohéritier. En effet, disent-ils, le rapport ne servirait plus à rétablir l'égalité entre les cohéritiers, il aurait, au contraire, pour conséquence immédiate d'augmenter l'inégalité entre les enfants. Ce serait donc le tourner contre son but que

de l'imposer en pareille circonstance au donataire en avancement d'hoirie. L'hypothèse n'a rien de chimérique, car il est beaucoup plus naturel de préférer l'un de ses enfants aux autres, que de leur préférer à tous un étranger. L'opinion que nous avons combattue croit donc puiser en cette circonstance une force toute nouvelle.

Aussi pourrait-on être tenté d'appliquer ici l'article 857 dans toute sa rigueur : le rapport n'est point dû au légataire, or l'héritier qui reçoit un préciput est un légataire, quelque effort qu'il fasse pour dissimuler cette qualité et pour ne mettre en avant que son seul titre d'héritier ; donc il ne peut exiger le rapport du donataire en avancement d'hoirie, et si ce donataire rapporte, ne profiteront du rapport que les cohéritiers non légataires. En traitant ainsi d'une manière différente les cohéritiers non légataires et le légataire par préciput, ce n'est point la règle de l'irrévocabilité des contrats qu'on entendrait respecter, puisque le donataire en avancement d'hoirie rapporterait à ses cohéritiers non légataires, mais cet autre principe que jamais le rapport ne doit servir à introduire ou bien à augmenter l'inégalité entre les héritiers du défunt.

Ces raisonnements, si séduisants qu'ils soient, ne peuvent nous convaincre : l'article 857, quand il déclare que les donataires et légataires ne peuvent demander le rapport ni en profiter, leur défend seule-

ment de demander ce rapport en leur qualité de donataires ou de légataires : l'article 857 ne prévoit point l'hypothèse d'une libéralité par préciput. — Le préciputaire a donc le droit de distinguer bien nettement ses deux qualités et d'imposer à tous le respect de cette distinction : il est légataire, il est héritier ; comme légataire, il prendra tout ce qui reste libre de la quotité disponible, et ne prendra rien de plus ; comme héritier, il exercera ses droits, comme s'il n'était point légataire.

Mais, objecte-t-on, le rapport accentuera l'inégalité, au lieu de la faire disparaître. — Qu'en sait-on ? tout dépendra des circonstances : un père a donné en avancement d'hoirie la somme de 85,000 fr. à chacun de ses deux aînés ; il lègue ensuite sa quotité disponible à son plus jeune fils. La fortune, rapports compris, s'élève à 240,000 fr. Les trois héritiers acceptent : quotité disponible, 60,000 fr. ; réserve, 180,000 fr. — Comme le disponible est déjà par les avancements d'hoirie entamé jusqu'à concurrence de 50,000 fr., le légataire par préciput, après avoir reçu sa réserve de 60,000 fr., n'obtient que les 10,000 fr. restants ; il a en tout 70,000 fr., tandis que ses frères conservent 85,000 fr.

Qui donc trouverait injuste et contraire aux règles du rapport de permettre au préciputaire désavantagé de demander le rapport à ses cohéritiers ? Il leur reprendrait à chacun 5,000 fr., et rétablirait ainsi

l'égalité, les trois frères ayant alors un lot de 80,000 fr. chacun.

Si vous empêchez le légataire par préciput d'invoquer sa qualité d'héritier pour demander le rapport, vous défendrez aussi au donataire par préciput d'intenter l'action en réduction contre des libéralités postérieures qui entameraient la réserve : car, direz-vous, le donataire par préciput est donataire, et l'action en réduction n'est point faite pour lui : la quotité disponible qu'il conserve lui peut bien servir d'équivalent à sa réserve ; seuls les réservataires non gratifiés peuvent, en réduisant des donations excessives, obtenir leur part dans la réserve. L'article 924, en effet, est aussi formel que l'article 857, il défend au donataire de profiter de la réduction : comment permettre d'ailleurs à un héritier déjà nanti d'une somme peut-être supérieure à sa réserve, de venir réclamer une part plus grande encore ? Le droit de réduction n'appartient qu'aux héritiers dépouillés, comme le rapport n'existe que pour rétablir l'égalité entre les héritiers.

Nous ne pouvons croire que telle soit la portée de l'article 924 ; telle n'est donc pas non plus la portée de l'article 857 : il faut pour être logique, ou adopter franchement l'opinion absolue qui dispense dans tous les cas le donataire en avancement d'hoirie de rapporter l'excédant du don sur sa part de réserve, ou reconnaître avec nous que le légataire par préciput peut

en qualité d'héritier, se prévaloir du rapport, comme tout héritier non avantagé, et prendre sa part virile dans l'excédant rapporté.

Résumons cette longue discussion.

Le père qui confère en avancement d'hoirie à l'un de ses enfants un don plus considérable que la part de cet enfant dans la réserve, entame jusqu'à concurrence de cet excédant la quotité disponible : il ne peut donc plus ni donner ni léguer par préciput à un autre enfant que la fraction non employée du disponible. — Le légataire par préciput qui en sa qualité de légataire voudrait obtenir davantage, se heurterait au principe de l'irrévocabilité des contrats ; — mais comme il est en même temps héritier, comme d'autre part le donataire en avancement d'hoirie n'est point dispensé du rapport, le légataire, en faisant valoir son titre d'héritier, exercera valablement les droits qui sont attachés à ce titre : il prendra dans les biens rapportés la part qui lui doit revenir. — Décider ainsi, c'est appliquer respectivement deux principes qui ne doivent pas empiéter l'un sur l'autre : toute donation est irrévocable, — tout donataire sans clause de préciput doit rapporter.

POSITIONS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

DROIT ROMAIN

I. Le prélegs de la chose d'autrui est soumis aux mêmes règles que le legs de la chose d'autrui.

II. Le prélegataire doit imputer sur la quarte Falcidie toute la partie du prélegs recueillie *jure hereditario*.

III. Lorsqu'un prélegs est conféré à plusieurs héritiers institués, le prélegataire dont la part héréditaire se trouve absorbée par des legs, ne peut exercer la retenue de la quarte Falcidie à l'encontre de ses coprélegataires, lorsque ces derniers lui doivent fournir en vertu du testament une prestation supérieure à cette retenue.

IV. Les héritiers du prélegataire mort avant d'avoir fait adition d'hérédité, ont le droit de réclamer la totalité du prélegs.

V. Lorsqu'un prélegs est conféré à plusieurs héritiers, ce prélegs ne se partage par portions civiles entre les coprélegataires, que s'ils sont institués héritiers pour parts égales.

DROIT FRANÇAIS

I. Le don manuel ne peut être dispensé du rapport que par acte de donation ou par testament.

II. Le donataire par préciput ne peut retenir son don que jusqu'à concurrence de la quotité disponible, lorsqu'il renonce à la succession.

III. Le donataire en avancement d'hoirie qui renonce à la succession doit imputer son don sur la quotité disponible.

IV. Le donataire en avancement d'hoirie qui accepte la succession doit imputer son don sur sa part dans la réserve et subsidiairement sur la quotité disponible.

V. Le légataire par préciput peut, en sa qualité d'héritier, réclamer sa part virile dans l'excédant du don fait en avancement d'hoirie sur la part du donataire acceptant dans la réserve.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

DROIT ROMAIN

I. Dans la stipulation de peine, le débiteur qui n'exécute pas l'obligation principale, n'encourt la peine que s'il est en faute.

II. Le mari, en léguant la dot à son épouse, lui peut adresser un *legatum dotis* ou un *legatum pro dote*.

III. Le *legatum dotis per vindicationem* permet à la femme de revendiquer les objets compris dans la dot.

IV. Le mari est *dominus dotis*.

V. Le testament *per æs et libram* est une combinaison du testament *calatis comitiis* et de la mancipation.

DROIT CIVIL FRANÇAIS

I. L'engagement dans les ordres sacrés n'est pas un empêchement au mariage.

II. L'article 900 C. civ. n'est point applicable en matière de fondations.

III. Lorsqu'un propre perpétuel a été converti en un propre viager, la communauté doit récompenser l'époux aliénateur.

IV. Le mari, quand il déclare dans l'acte d'acquisition d'un immeuble, que cette acquisition doit servir au emploi des deniers propres de la femme, doit être considéré comme le gérant d'affaires de cette dernière.

V. En cas d'éviction, l'acheteur, en se fondant sur la résolution du contrat de vente, peut réclamer au vendeur avec le prix la totalité des impenses utiles.

VI. La dot mobilière est aliénable.

HISTOIRE DU DROIT FRANÇAIS

I. Le rapt de séduction constituait dans l'ancien droit un empêchement dirimant de mariage.

DROIT CONSTITUTIONNEL

I. La représentation proportionnelle peut seule assurer la pratique loyale du régime parlementaire.

Vu par le Doyen,
COLMET DE SANTERRE.

Vu par le Président de la Thèse
E. LABBÉ.

VU

et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur
de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

	Page ^s
AVANT-PROPOS.....	1
CHAPITRE I ^{er} . — Définition et formes du prélegs.....	14
I. Du prélegs proprement dit.....	19
II. Le prélegs est un legs.....	21
III. Formes du prélegs	24
IV. Modalités.....	29
V. Objet du prélegs.....	36
CHAPITRE II. — Nature du prélegs. — Effets de la règle : <i>Heredi a semetipso legari non potest</i>	42
I. Le prélegataire a fait adition	44
I. Le prélegs et l'interdit <i>quod legatorum</i>	46
II. Le prélegs et la quarte Falcidie.....	44
III. Le prélegs et l'obligation de restituer le fidéicommiss d'hérédité.....	57
II. Le prélegataire n'a pas fait adition	67
I. Le prélegataire répudie.....	63
II. Le prélegataire ne peut faire adition.....	72
CHAPITRE III. — Du prélegs conféré à plusieurs colégataires.....	96

DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE I ^{er} . — Aperçu historique.....	117
I. Le droit romain et la <i>collatio bonorum</i>	118
II. Le droit écrit dans le Midi de la France.....	125
III. Les avantages en faveur de l'un des héritiers dans les lois barbares.....	130
IV. Droit du moyen âge.....	135
V. Le rapport dans les coutumes.....	143
VI. Les préciputs dans le droit intermédiaire.....	155
CHAPITRE II. — De la dispense de rapport.....	166
I. La dispense de rapport doit être expresse ou résulter nécessairement de la nature même de la disposition.....	170
II. Les libéralités déguisées ne sont point dispensées du rapport.....	183

	pages
III. Les libéralités par personnes interposées sont dispensées du rapport, mais seulement dans les limites des art. 847 et 849.....	194
IV. De la dispense de rapport postérieure à la donation.....	200
CHAPITRE III. — Effets de la clause de préciput. Droit de rétention du donataire.....	208
<i>Section I^{re}. — Le préciputaire accepte l'hérédité.</i>	208
<i>Section II. — Le préciputaire renonce</i>	212
I. Nature de la légitime à Rome.....	214
II. Légitime individuelle de l'ancien droit.....	221
III. La réserve collective de l'époque intermédiaire.....	224
IV. Système de la réserve individuelle. Légitime romaine....	227
V. Système de la réserve individuelle. Légitime coutumière..	233
VI. Réfutation. — La réserve est collective. — Le préciputaire renonçant ne peut donc retenir que la quotité disponible...	241
CHAPITRE IV. — Effets de la clause de préciput. Imputation de la libéralité préciputaire — Conflit entre l'héritier préciputaire et ses cohéritiers, lorsqu'un donataire en avancement d'hoirie plus ancien renonce à la succession.....	254
I. Imputation du don en avancement d'hoirie, lorsque le donataire renonce à la succession. Premier système : Imputation sur la réserve du donataire ; la quotité disponible reste entre les mains des préciputaires postérieurs.....	258
II. Deuxième système. Imputation du don en avancement d'hoirie sur la quotité disponible ; le surplus de cette quotité revient aux préciputaires postérieurs.....	271
CHAPITRE V. — Conflit entre l'héritier préciputaire et ses cohéritiers, lorsqu'un donataire en avancement d'hoirie plus ancien accepte la succession. Position de la question....	288
I. L'excédant du don en avancement d'hoirie sur la part du donataire dans la réserve, s'impute-t-il sur la réserve en masse, en laissant intacte la quotité disponible ? S'impute-t-il au contraire sur la quotité disponible, en diminuant d'autant la libéralité préciputaire postérieure ? — Examen de l'un et l'autre mode d'imputation. Adoption du second.....	293
II. Le donataire en avancement d'hoirie doit rapporter à ses cohéritiers l'excédant de son don sur sa part de réserve — Le légataire par préciput a le droit de prendre sa part virile dans cet excédant.....	308

Châteauroux. — Typ. et Stéréotyp. A. MAJESTÉ.
